

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LES AGENTS DES PERSONNES PUBLIQUES ET LES SALARIÉS EN DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE COMPARATIVE DE LEUR CONDITION JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 27 novembre 1958, à 14 h.

PAR

DAVID RUZIÉ

Diplômé de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg
Lauréat de la Faculté de Droit de Strasbourg
Chargé de Travaux Pratiques à la Faculté de Droit de Paris

JURY

Président : M. EISENMANN, Professeur.

Suffragants { M. DURAND, Professeur,
 M. RIVERO, Professeur.

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1960

**LES AGENTS
DES PERSONNES PUBLIQUES
ET LES
SALARIÉS EN DROIT FRANÇAIS**

UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LES AGENTS DES PERSONNES PUBLIQUES ET LES SALARIÉS EN DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE COMPARATIVE DE LEUR CONDITION JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

présentée et soutenue le 27 novembre 1958, à 14 h.

PAR

DAVID RUZIÉ

Diplômé de l'Institut d'Études Politiques de Strasbourg
Lauréat de la Faculté de Droit de Strasbourg
Chargé de Travaux Pratiques à la Faculté de Droit de Paris

JURY

Président : M. EISENMANN, Professeur.

Suffragants { M. DURAND, Professeur,
M. RIVERO, Professeur.



P A R I S

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS

20, Rue Soufflot, 20

1960

A MA FEMME

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*

ABREVIATIONS

A.J.	L'Actualité juridique, Droit administratif.
Cass. (Civ., Soc., Crim.)	Cour de cassation (Chambre civile, section civile. - Chambre civile, section sociale. - Chambre criminelle).
C.D.J.	Cahiers de documentation juridique (de l'Electricité et du Gaz).
C.E.	Conseil d'Etat.
C.J.E.G.	Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz.
C.S.A.	Cour supérieure d'arbitrage.
C.T.	Code du travail.
D. (A, C, H, P).	Dalloz (analytique, critique, hebdomadaire, périodique).
D.A.	Manuel ou traité de droit administratif.
D.O.	Droit ouvrier.
D.S.	Droit social.
E.D.C.E.	Etudes et documents du Conseil d'Etat.
G.A.A.	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.
J.C.A.	Jurisclasseur administratif.
J.C.P.	Jurisclasseur périodique, la Semaine juridique.
R.A.	Revue administrative.
R.D.P.	Revue du droit public.
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Recueil Lebon).
R.J.P.U.F.	Revue juridique et politique de l'Union française.
R.P.D.A.	Revue pratique de droit administratif.
Rev. Trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
S.	Sirey.
T.A.	Tribunal administratif.
T.C.	Tribunal des Conflits.
Trib. civ.	Tribunal civil.

INTRODUCTION

1. — On oppose couramment deux conceptions de la fonction publique (1). A la fonction publique conçue comme un service s'oppose la fonction publique conçue comme un métier. A la première conception se rattacherait le « Civil Service » britannique (2), tandis qu'à l'opposé se situerait la conception américaine de la fonction publique (3). On peut dire que la conception française se situe à mi-chemin entre ces deux conceptions. Selon la conception traditionnelle, l'Administration française devait disposer de moyens qui lui permettent de faire triompher l'intérêt général dont l'Etat a la charge. Tel était l'objet des prérogatives de puissance publique reconnues à l'Administration. Leur maniement devait donner au travail administratif une tournure spéciale qui la distingue des activités privées. Il en résultait logiquement que le fonctionnaire allait apparaître soumis à une condition juridique particulière différente de celle des salariés agissant pour le compte de personnes privées. Par contre, dans la mesure où l'Américain ne considère pas l'Administration comme une institution détentrice de prérogatives de puissance publique mais simplement comme un ensemble

(1) PLANTEY, *Traité pratique de la fonction publique*, 1956, n° 4, p. 8.

(2) GAUDEMET, *Le Civil Service britannique*, Fondation des Sciences politiques, 1952.

(3) GRÉGOIRE, *La conception de la fonction publique aux Etats-Unis, R.A.*, 1950, pp. 544 et suiv.

(4) Notre étude étant essentiellement limitée au Droit français, nous nous bornons à n'indiquer que les principales références bibliographiques concernant la fonction publique à l'étranger. Etudes générales : M. MARTIN, *La Fonction publique, Etude de droit comparé*, Paris, Sirey, 1943 ; J.-J. RIBAS, *Les Services de la fonction publique dans le monde*, Bruxelles, 1956. Etudes sur un pays : Allemagne, P.-M. GAUDEMET, *Etude sur le régime juridique de la fonction publique en Droit allemand*, Thèse Paris, 1945 ; G. WACKE, *Legal Forms of State Employment*, *Rev. Int. Sc. Adm.* 1959, p. 155 ; Belgique : P.-M. GAUDEMET, *Le Statut des agents de l'Etat en Belgique*, *R.D.P.* 1949, pp. 326 et suiv. Etats-Unis : GRÉGOIRE, art. précité, CONAC, Thèse Paris, 1955, voir *infra*. Grande-Bretagne : P.-M. GAUDEMET, *op. cit.* U.R.S.S. : LANGROD, *Le Fonctionnaire soviétique*, R.A. 1951, pp. 19 et suiv.

d'opérations très comparables à celles que nécessite la gestion d'une entreprise, il apparaissait normal que les membres du « Civil Service » fédéral se trouvent, en fait, comme en principe dans la même situation vis-à-vis de leur employeur que n'importe quel autre salarié (5).

La fonction publique étant considérée en France comme un « monde à part » (6), il apparaissait normal qu'elle soit soumise à des règles autonomes différentes de celles du droit privé et cela en harmonie avec la thèse que la jurisprudence devait consacrer dans l'arrêt Blanco (7). Mais les défenseurs les plus résolus du principe de l'autonomie du droit de la fonction publique ont dû reconnaître que sur le plan psychologique on ne peut empêcher les fonctionnaires d'avoir les mêmes réactions que les salariés privés, d'avoir recours aux mêmes méthodes qu'eux pour faire triompher leurs revendications et de se montrer plus sensibles aux affinités qui les lient à l'ensemble du salariat qu'aux obligations particulières qui peuvent peser sur eux (8). Considérer que les fonctionnaires incarnent l'Etat en même temps qu'ils le servent, comme l'estime M. Grégoire, n'a pu faire obstacle à ce que compte tenu des affinités sociologiques existantes, s'opère un rapprochement entre la condition juridique des agents des personnes publiques et celle des personnes privées. Il a ainsi pu se créer un groupe unique de salariés, groupant les travailleurs vendant leur force de travail et dont les traits caractéristiques seraient, d'après l'étude de M. Tiano (9), qu'ils font confiance, pour fixer leur revenu, à un syndicat qui se veut représentatif de l'ensemble des salariés, qu'ils acceptent en second lieu, qu'entre eux et le groupe des employeurs existe un antagonisme au sujet de la détermination de leur revenu, que cet employeur soit privé ou public, et qu'ils acceptent en conséquence de recourir à des moyens de coercition dont le plus caractéristique est la grève (10).

2. — Jusqu'à ces derniers temps, il était, en effet, devenu banal de constater que depuis une vingtaine d'années la condition juridique du fonctionnaire et celle du salarié privé s'étaient très large-

(5) Il semble cependant qu'il faille nuancer cette affirmation à la lumière de l'évolution du droit de la fonction publique américaine contemporaine. Voir CONAC, *Le Problème de la fonction publique aux Etats-Unis d'Amérique. Essai sur le régime du « Civil Service » fédéral*, Thèse Paris, 1955, publiée dans les *Cahiers de la Fondation Nationale des Sciences Politiques*, 1958.

(6) GRÉGOIRE, *La Fonction publique*, 1954, pp. 24 et suiv.

(7) PLANTEY, *op. cit.*, n° 7, p. 11. T.C. 8 février 1873 Blanco, S. 1873.III.153, concl. DAVID.

(8) GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 17 ; PLANTEY, *op. cit.*, n° 84, p. 43.

(9) A. TIANO, *Les Traitements des fonctionnaires et leur détermination (1930-1957)*, Paris, 1957, p. 450.

(10) M. TIANO relève d'ailleurs qu'aussi bien les cadres privés que les fonctionnaires supérieurs se refusent à faire la grève (*op. cit.*, p. 454).

ment rapprochées (11). Ce rapprochement prévisible depuis longtemps (12) était unanimement constaté, qu'il s'agisse des partisans de l'autonomie de la fonction publique (13), de la doctrine publiciste (14), de la doctrine privatiste (15), ou même de certains économistes (16). Ce rapprochement n'était pas allé jusqu'à une fusion du droit de la fonction publique avec le droit du travail. Chacune de ces deux branches du droit comportait certes encore des particularités qui lui étaient propres, mais par suite d'emprunts réciproques qu'elles s'étaient faits, elles avaient accumulé un certain nombre de points communs. Le droit du travail a autant « déteint » sur le droit de la fonction publique que celui-ci a inspiré celui-là. On a ainsi pu parler du « mimétisme du droit du travail et du droit de la fonction publique » (17) et relever qu'à « la publicisation du contrat, répond la privatisation du droit de la fonction publique » (18). C'est qu'en effet, fonctionnaires et salariés ont toujours essayé d'obtenir ce qui, dans la condition des autres, leur paraissait plus avantageux. Et comme l'a remarqué M. Levasseur, la limite idéale se trouve constituée par le statut du personnel de certaines entreprises nationalisées, qui tend à additionner les avantages et à éliminer les inconvénients propres à chacune des deux grandes catégories de salariés.

On peut se demander cependant dans quelle mesure le nouveau statut général des fonctionnaires, tel qu'il résulte de l'ordonnance du 4 février 1959 et des règlements d'administration publique du 14 février 1959, n'est pas de nature à freiner, voire entraver, l'évolution constatée et à relancer l'idée de l'autonomie de la fonction publique et du droit qui lui est applicable. Nous aurons l'occasion

(11) F. GAZIER et M. LONG, *La Jurisprudence du Conseil d'Etat en 1954*, n° 27, p. 29.

(12) STAINOF, *Le Fonctionnaire*, 1933, p. 98.

(13) GRÉGOIRE, *op. cit.*, pp. 70 et suiv. et 340 et suiv. PLANTEY, *op. cit.*, n° 19, p. 16 ; n°s 83, p. 41, et 578, p. 208, J.-J. RIBAS, *op. cit.*, p. 8.

(14) RIVERO, Vers la fin du droit de la fonction publique ? Chronique au *Dalloz*, 1947, p. 149. GAUDEMET, Le Déclin de l'autorité hiérarchique, Chronique au *Dalloz*, 1947, p. 137 et note sous C.E. 25 mars 1955. ROUSSET, R.P.D.A., 1955, p. 187. E. GIRAUD, Le Déclin de la fonction publique. Le socialisme sans esprit social, *Mélanges Mestre*, pp. 251 et suiv.

(15) DURAND et JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, 1947, T. I, p. 253. DURAND, Du Droit du travail au droit de l'activité professionnelle, D.S. 1952, pp. 437 et suiv. et L'Influence du droit du travail et de la Sécurité sociale sur les formes de l'activité professionnelle, D.S. 1956, p. 144. LEVASSEUR, Rapport sur la situation du personnel dans les entreprises nationalisées, 3^e colloque des Facultés de Droit, 1956, p. 337. BRUN et GALLAND, *Droit du travail*, Paris, Sirey, 1958, p. 203.

(16) F. PERROUX, *Capitalisme et communauté de travail*, 1937, pp. 322 et suiv.

(17) LEVASSEUR, rapport précité, p. 338.

(18) DURAND, art. cit., D.S. 1952, p. 440.

de constater dans la suite de notre étude (19) que loin de se borner à consacrer le triomphe d'un certain pragmatisme sur un juridisme rigoureux (20), le nouveau statut est en net retrait, quant aux garanties reconnues aux fonctionnaires, par rapport au statut de 1946.

Il demeure cependant un fonds de règles communes ou très peu différentes, pour les salariés privés comme pour les agents des personnes publiques. Quelle en est la raison ? Telle est la question préalable que nous nous proposons d'examiner avant de comparer la condition juridique des deux grandes catégories de préposés.

3. — Il nous semble que si la condition des agents des personnes publiques tend à se rapprocher de celle des agents des personnes privées, c'est parce que les uns et les autres se trouvent au service d'« institutions ». Or, le droit des institutions comporte un certain nombre de règles identiques, qu'il s'agisse d'institutions privées ou publiques. Ce qui ne veut pas dire que toutes les institutions se trouvent soumises aux mêmes règles, mais on peut dire que la qualité d'agent d'une institution comporte à elle seule un certain nombre d'avantages et d'inconvénients, quelle que soit la nature publique ou privée de l'institution. C'est ce que nous aurons l'occasion de constater en envisageant l'organisation et le fonctionnement des institutions. Ces agents seront parfois soumis à des sujétions particulières ou bénéficieront d'avantages spéciaux, non seulement en fonction de la qualité d'institution privée ou d'institution publique de l'institution au service de laquelle ils seront attachés, mais également en considération du caractère particulier de cette institution, telle la marine marchande, ou de la localisation de l'institution, tel est le cas des règles applicables aux salariés outre-mer (21).

L'idée d'institution a été, on le sait, émise par Hauriou (22) et développée par Renard (23). Selon la définition donnée par Hauriou : « Une institution est une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de com-

(19) Voir également notre chronique au *Dalloz* 1959, p. 85, Vers un renouveau du droit de la fonction publique ?

(20) Voir en ce sens V. SILVERA, Le Nouveau statut général des fonctionnaires, A.J. 1959.145 et l'Instruction n° 434/FP du 13 mai 1959 relative à l'entrée en vigueur du nouveau statut (J.O. du 22 mai, p. 5203).

(21) GONIDEC et KIRSCH, *Droit du travail dans les territoires d'outre-mer*, Paris, L.G.D.J., 1958.

(22) HAURIOU, L'Institution et le droit statutaire, *Revue de Législation de Toulouse*, 1906, pp. 135 et suiv. *Principes de Droit public*, 1^{re} éd., 1910, p. 129, et 2^e éd., 1916, p. 111. La Théorie de l'institution et de la fondation, 4^e Cahier de la *Nouvelle Journée*, 1925.

(23) RENARD, *La Théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930. *La Philosophie de l'institution*, Paris, Sirey, 1939. *L'Institution : fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Paris, Flammarion, 1933.

munion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures » (24).

Ainsi trois traits caractérisent une institution : une idée d'œuvre à réaliser, un pouvoir organisé mis au service de cette idée pour sa réalisation, des manifestations de communion.

L'idée d'institution n'a pas été cantonnée dans le domaine du droit public interne (25). Elle trouve son application aussi bien dans le droit constitutionnel (26), le droit international (27) ou la législation du travail (28). On peut tout aussi bien considérer l'administration que l'entreprise comme une institution (29).

On a pu dire que le « statut de la fonction publique » représentait un effort pour institutionnaliser l'Administration (30), pour la constituer en structure communautaire. En effet, on ne peut guère discuter l'idée d'œuvre à réaliser assumée par les services publics. De même, l'existence d'un pouvoir organisé dont la mission est de réaliser cette idée est également incontestable. Quant aux manifestations de communion entre les membres du groupe administratif au sujet de l'idée et de sa réalisation, elles n'avaient pas fait jusqu'à ces derniers temps l'objet d'une organisation juridique. Mais à l'heure actuelle, compte tenu du rôle joué par les syndicats et de la participation des fonctionnaires à la vie de l'Administration par l'intermédiaire des comités techniques et des commissions administratives paritaires, on peut dire que l'exercice du pouvoir hiérarchique au sein de l'Administration n'est plus incompatible avec une collaboration entre les chefs et leurs subordonnés.

Si primitivement l'entreprise pouvait être considérée comme essentiellement contractuelle, à l'heure actuelle son aspect institutionnel peut difficilement être contesté (31), ou du moins est-ce « davantage une anticipation qu'une déformation » (32). On peut, en effet, relever dans l'entreprise les trois traits caractéristiques de

(24) *Cahier de la Nouvelle Journée*, précitée, p. 10.

(25) Sur les dangers éventuels d'une généralisation de la notion d'institution, voir PRELOT, 20^e *Cahier de la Nouvelle Journée*, 1932, p. 216.

(26) G. BURDEAU, *L'Idée d'institutionnalisation en droit constitutionnel. Le Pouvoir politique et l'Etat*, 1943, pp. 334 et suiv.

(27) S. BASTID, La Place de la notion d'institution dans une théorie générale des institutions internationales, *Mélanges Mestre*, pp. 43 et suiv.

(28) CUCHE, La Législation du travail et les transformations du Droit, 4^e *Cahier de la Nouvelle Journée*, pp. 166 et suiv.

(29) La notion d'entreprise n'est d'ailleurs pas antinomique de celle d'administration. Voir CROZIER, *Petits fonctionnaires au travail*, Paris, C.N.R.S., 1955, p. 11.

(30) DUCLOS, Le Statut général des fonctionnaires, *Politique*, 1947, p. 141.

(31) S'il l'est cependant par certains auteurs (voir par exemple G. LYON-CAEN, *Manuel de Droit du travail et de la Sécurité sociale*, 1955, p. 224), c'est parce que les marxistes sont hostiles à la conception communautaire de l'entreprise qui heurte de front le postulat de la lutte des classes.

(32) RIVERO et SAVATIER, *Droit du travail*, Paris, P.U.F., 1956, p. 93.

l'institution (33). On peut y distinguer l'idée d'œuvre à réaliser, constituée par le but économique de l'entreprise. Quant à l'organisation permanente de l'entreprise, en vue de son bon fonctionnement, sous l'autorité du patron, elle est évidente. Enfin, les sacrifices imposés à tous dans la poursuite du but peuvent être considérés comme une manifestation de la communauté des travailleurs (34).

Après avoir passé en revue les différentes catégories d'agents qui peuvent être au service d'institutions tant publiques que privées, nous examinerons successivement la nature des rapports qui s'établissent entre les institutions et leurs agents, le contenu de ces rapports et la condition personnelle des agents, ce qui nous permettra de constater le rapprochement de la condition juridique des agents des personnes publiques avec celle des agents des personnes privées.

(33) BRETHE, Transformations juridiques de l'entreprise patronale, D.S. 1939, p. 2. P. DURAND, Rapport sur « La notion juridique de l'entreprise », *Travaux de l'Association H. Capitant*, 1947, T. III, pp. 45 et suiv.

(34) Sur ce point, voir M. DESPAX, *L'Entreprise et le droit*, Thèse Toulouse, 1956, pp. 365 et suiv.

TITRE PREMIER

LES DIFFÉRENTES CATÉGORIES D'AGENTS

Dans le cadre de cette première partie de notre étude, nous nous proposons de déterminer les différentes catégories de préposés, qu'ils soient au service de personnes publiques ou de personnes privées.

D'où la nécessité de définir ce que nous entendons par personne publique et par personne privée. Ce sera l'objet d'un chapitre préliminaire.

Ce n'est qu'ensuite que nous envisagerons séparément les agents des personnes publiques et ceux des personnes privées pour déceler, à l'intérieur de ces deux grands groupes, les différents types de préposés que l'on peut y trouver. Tel sera l'objet des deux chapitres de ce titre.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

PERSONNES PUBLIQUES ET PERSONNES PRIVEES

Paul Valéry a parfaitement mis en lumière la difficulté de serrer de près la signification exacte des termes que l'on emploie fréquemment dans le langage courant. N'a-t-il pas écrit : « Tel mot, qui est parfaitement clair quand vous l'entendez ou l'employez dans le langage courant et qui ne donne lieu à aucune difficulté quand il est engagé dans le train rapide d'une phrase ordinaire, devient magiquement embarrassant ou traduit une résistance étrange, déjoue tous les efforts de définition aussitôt que vous le retirez de la circulation pour l'examiner à part et que vous lui cherchez un sens après l'avoir soustrait à sa fonction momentanée » (1).

Telle est la difficulté à laquelle nous allons nous heurter tout au long de la première partie de notre étude consacrée en somme à des définitions.

4. — Notre étude vise les « agents des personnes publiques » et non les « agents de l'Etat ». En effet, mis à part la difficulté de définir l'Etat dans le cadre purement administratif (2), cette

(1) Réflexion citée par G. VEDEL dans *Démocratie politique, démocratie économique et sociale*, coll. *Dr. social*, fasc. XXXI, p. 46.

(2) Ce caractère équivoque et imprécis du terme « Etat » se retrouve d'ailleurs dans les autres branches du droit. M. ROUSSEAU a mis l'accent sur ce caractère équivoque d'un terme juridique qui correspond à un phénomène présentant de multiples aspects, notamment un aspect politico-social et un aspect juridique (ROUSSEAU, *Droit international public*, 1953, p. 76). Sur le plan du droit constitutionnel, bornons-nous à rappeler la querelle qui a opposé au début du siècle les partisans de l'Etat-personne (réelle avec HAURIOU et MICHOUX, ou fictive), et ceux de l'Etat-produit historique d'une différenciation sociale entre les forts et faibles (JÈZE et DUCUIR).

nuance dans le libellé s'explique par notre désir d'examiner non seulement les agents de la collectivité publique nationale, mais aussi ceux des autres collectivités publiques car, si dans le cadre du droit constitutionnel ou du droit international, l'« Etat » constitue un bloc unitaire, dans le cadre du droit administratif par contre, la collectivité publique nationale n'est qu'une collectivité publique parmi d'autres. S'il est vrai qu'elle les englobe, elle ne les anéantit du moins pas et leur laisse une certaine autonomie. De telle sorte qu'à côté des agents de la collectivité publique étatique, nous examinerons les agents des collectivités publiques locales (départements et communes). Nous aurons également à envisager les collectivités publiques autres que les collectivités territoriales : les établissements publics. De même, il faudra prendre en considération des activités qui ne sont pas assurées par des établissements publics et auxquelles cependant l'Etat s'intéresse de très près : les sociétés d'économie mixte et les entreprises nationalisées ne constituant pas des établissements publics. Toutes ces activités sont assurées par ce que nous appellerons : des personnes publiques.

On oppose, en effet, couramment les personnes publiques aux personnes privées (3), transposant par là même non sans quelque artifice la *summa divisio* du droit — droit public et droit privé. Alors qu'autrefois il était relativement aisé de définir l'une et l'autre notion, à l'heure actuelle, les « inévitables franges indécises qui se sont multipliées à notre époque » (4) rendent difficile la recherche d'un critère de distinction entre ces deux catégories.

5. — On a pu songer, à un certain moment, à qualifier de « personne publique » une personne qui gérât un service public. Mais très rapidement on a vu des personnes auxquelles on reconnaissait le caractère de « personnes privées » intervenir dans la gestion d'un service public, notamment en tant que concessionnaires. C'était là le début des exceptions qui allaient se généraliser vidant ainsi de toute sa portée le critère proposé. A côté d'organismes privés gérant directement un service public, tels que les organismes de Sécurité sociale, on a vu avec le développement de l'interventionnisme économique et la prise en considération de l'intérêt public dont s'imprégnaient des activités jusqu'alors considérées comme purement privées, s'étendre la catégorie des personnes qui, bien que privées, participaient à la gestion de services publics (5). Sur ce point la jurisprudence intervenue à propos des comités d'organisation (6) et des ordres professionnels (7), a mis en évidence le

(3) BLAEVOET, Chronique au J.C.P. 1950.I.889.

(4) CARBONNIER, *Droit civil*, T. I, p. 247.

(5) C.E. 6 février 1948, Radio-Atlantique, *Rec.*, p. 65. 5 mai 1944, Comp. de l'Afrique orientale, S. 1945.3.15. 6 février 1948, Sté Carcassonnaise de Transports, *Rec.*, p. 69.

(6) C.E. 31 juillet 1942, Monpeurt, S. 1942.3.37, concl. SEGALAT.

(7) C.E. 2 avril 1943, Bouguen, S. 1944.3.1, concl. LAGRANGE, note MESTRE.

fait qu'il ne pouvait plus y avoir, dans notre conception actuelle du droit, de personnes purement privées en face des personnes publiques. Dans un article au titre significatif (8), M. Durand a mis en évidence l'évolution des caractères du droit de l'entreprise. Alors qu'au XIX^e l'entreprise reposait sur une base individualiste et présentait un caractère purement privé, à l'heure actuelle, l'Etat associe sans cesse d'une manière plus étroite les entreprises privées à l'accomplissement de fonctions publiques. Devant cette interpénétration des considérations d'intérêt public et d'intérêts purement privés, certains auteurs ont émis l'idée qu'à une économie mixte devait correspondre un droit mixte (9), et qu'avec l'économie dirigée apparaissait une nouvelle catégorie de personnes : les personnes de droit professionnel (10), faisant ainsi perdre à la distinction classique une grande partie de son importance. De telle sorte que l'on nous propose maintenant une division tripartite qui relègue à l'arrière-plan la *summa divisio* classique. Entre les personnes de droit public et les personnes de droit privé, s'intercaleraient des personnes de droit mixte (11). Mais cette classification soulève un problème. Peut-on définir une personne par le droit qui lui est applicable ? Peut-on qualifier de personne privée une personne soumise au droit privé et de personne publique une personne soumise au droit public ? Le critère de distinction tiré du droit applicable semble difficilement admissible si l'on considère, par exemple, l'ordre des avocats, personne de droit public, qui se trouve régi par le droit privé, car les avocats sont des auxiliaires de la justice (12), et il se trouve que le service public de la justice se trouve soumis, quant à son fonctionnement, aux règles du droit privé (13). Par ailleurs, la division tripartite qui nous est proposée n'apparaît pas homogène, parce que d'une part, au sein des personnes de droit public, on trouve des personnes entièrement régies par le droit public (Etat et circonscriptions territoriales) et d'autres qui ne le sont que partiellement (ordres professionnels). Quant à la catégorie des personnes de droit mixte, elle se décompose elles-mêmes en personnes publiques soumises aux règles du droit privé (entreprises nationalisées, par exemple), et en personnes privées présentant un certain caractère de droit public (comités d'entreprise, par exemple).

6. — Il apparaît tout aussi difficile d'opposer avec rigueur les personnes publiques aux personnes privées, en se bornant à souligner

(8) P. DURAND, Les Fonctions publiques de l'entreprise privée, *Droit social*, 1945, p. 246.

(9) Note J.D. de V. sous l'arrêt Bouguen, D. 1944.52.

(10) Conclusions SEGALAT dans l'arrêt Monpeurt, G.A.A. p. 231.

(11) CARBONNIER, *op. cit.*, p. 248.

(12) WALINE, D.A., 7^e éd., p. 365.

(13) T.C. 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane, J.C.P. 1953.II.7598, note VEDEL.

certaines de leurs caractères. Ainsi, M. Blaevoet (14) croit pouvoir définir des personnes publiques comme étant des personnes juridiques dont la compétence se trouve limitée par la loi. Soumises à la règle de la spécialité, elles verraient leur liberté d'action restreinte notamment par le régime de tutelle administrative auquel elles se trouvent soumises et qui se caractérise par un contrôle *a priori* ou *a posteriori*. Mais, il semble inexact de compléter cette description en disant qu'alimentées par des deniers publics, leurs excédents de recettes doivent être reversés au Trésor. Cette caractéristique, si elle est vraie pour certaines personnes publiques, ne l'est pas pour toutes et ne peut donc servir à l'élaboration du critère. De même, il est très vague de dire que la responsabilité encourue par ces personnes est soumise à des règles spéciales, car, en fait, le régime de responsabilité se trouve lié au caractère public ou privé de la gestion pratiquée par ces personnes (15). La définition proposée par M. Baevonet ne peut être acceptée ainsi présentée. Du moins présente-t-elle l'avantage de permettre d'opposer sommairement les personnes représentant l'intérêt général aux personnes représentant des intérêts privés (individuels ou collectifs), qui sont en principe libres de leurs faits et gestes, sauf à observer les lois et règlements et à ne pas abuser de leurs droits.

7. — Devant l'imprécision des contours théoriques de ces deux catégories juridiques, il faut nous résoudre à renoncer à proposer un critère de distinction suffisamment précis, qui ne soit pas vidé de toute signification par un nombre important d'exceptions (16).

Ni la notion de service public, ni le droit applicable, nous l'avons vu, ne peuvent servir à distinguer nos deux grandes catégories de personnes juridiques. Par ailleurs, une classification tripartite par son manque d'homogénéité, ne paraît guère plus satisfaisante. Nous préférons, quant à nous, nous borner à présenter les grands groupes de représentants d'un intérêt général, car c'est à notre avis cette notion « d'intérêt général » que l'on peut opposer à celle d'« intérêts particuliers », qui permet de séparer certaines personnes dites publiques des autres (17). A la base de toutes les personnes publi-

(14) Article précité au J.C.P., 1950.I.889.

(15) Voir EISENMANN, Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des personnes publiques, J.C.P. 1949.I.742 et 751.

(16) Dans sa thèse de doctorat, parue récemment en librairie, M. SPILIOPOULOS a relevé deux critères des institutions publiques. Certaines institutions sont qualifiées de publiques en application du critère de la puissance publique, en ce sens qu'elles sont compétentes pour créer unilatéralement des normes juridiques. D'autres sont qualifiées de publiques, en fonction d'un critère matériel, étant des organismes chargés de gérer un ensemble de biens publics (Ep. SPILIOPOULOS, La Distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français, L.G.D.J., 1959).

(17) Nous ne méconnaissons d'ailleurs pas la portée toute relative d'une telle distinction, alors que certains intérêts privés particuliers peuvent avoir une incidence sur l'intérêt général, tels ceux gérés par les établissements

ques, nous trouvons l'Etat, collectivité primaire de qui procèdent un certain nombre de collectivités secondaires. Ces collectivités secondaires se subdivisent elles-mêmes en trois catégories :

— Collectivités publiques à base territoriale, chargées de la gestion d'un groupe de services publics :

- département
- commune.

— Collectivités publiques chargées de la gestion d'un service public soit à titre d'activité principale (établissements publics), soit à titre d'activité complémentaire (ordres et établissements professionnels).

— Ensemble d'entreprises qui se trouvent soustraites à la direction et à l'appropriation privée et qui se trouvent prises en charge en totalité ou en partie par une ou plusieurs collectivités publiques territoriales : il s'agit là des entreprises publiques qui, outre les établissements publics à caractère industriel et commercial qui entrent dans la catégorie précédente, groupent les sociétés nationales et les sociétés d'économie mixte (17 bis).

8. — La description des personnes publiques — collectivités territoriales ne pose pas de problèmes. A côté de l'Etat, considéré comme étant la Nation juridiquement organisée (18) articulé en services centraux (localisés à Paris) et en services extérieurs, nous trouvons deux autres collectivités territoriales : le département et la commune caractérisés par un « dédoublement fonctionnel ». Ils sont à la fois des circonscriptions administratives de l'Etat et des personnes juridiques à qui sont reconnus des intérêts distincts et une représentation organisée de ces intérêts (19). Ils sont une illustration du phénomène de décentralisation, organisation administrative dans laquelle les pouvoirs de décision sont donnés à des autorités dont la compétence ne s'étend qu'à des parties de la collectivité envisagée, c'est-à-dire à un groupe de membres de la collectivité définis par un critère d'ordre territorial (20). Cette définition de la décentralisation relative à l'assignation de la compétence personnelle et non pas de la compétence matérielle (21) nous entraîne à écarter l'idée de décentralisation par services qui, selon

d'utilité publique. M. WALINE retient l'idée d'utilité publique comme critère d'application du droit administratif (voir Préface au J.C.A., p. 10, mise à jour de novembre 1957).

(17 bis) Voir *Le Recueil des textes généraux relatifs aux entreprises publiques et semi-publiques*, publié par le ministère des Finances, Paris, Imprimerie Nationale, 1959.

(18) VEDEL, *Manuel de droit constitutionnel*, 1949, p. 101.

(19) WALINE, D.A., 6^e éd., p. 227.

(20) EISENMANN, *Centralisation et décentralisation*, 1948, p. 204.

(21) EISENMANN, *op. cit.*, pp. 28 et 31.

certain auteurs (22), consisterait à conférer une certaine autonomie à un service public déterminé en le dotant de la personnalité juridique. Les établissements publics constitueraient le procédé technique de cette décentralisation. M. Eisenmann a fait remarquer que ces établissements publics pour lesquels fut notamment créée cette notion de décentralisation technique, remontaient à une époque antérieure aux premières applications de la décentralisation territoriale dans le droit public français du XIX^e siècle (23).

Cette théorie de la décentralisation technique n'intéresse pas le caractère central ou non central des organes et de ce fait, doit être considérée comme étrangère à la théorie de la décentralisation. Elle concerne un simple problème de répartition ou de distribution des compétences matérielles.

9. — Les établissements publics (24) sont des personnes administratives autonomes et spécialisées gérant un service public (25). Distinctes des collectivités territoriales, elles bénéficient de prérogatives exorbitantes du droit commun. Les établissements publics se différencient des établissements d'utilité publique qui ne gèrent pas un service public mais une activité privée d'intérêt général et se trouvent, en principe, démunis des prérogatives de puissance publique (26). Ils se distinguent de même par leur unité d'objet des « établissements professionnels » qui, personnes administratives également, gèrent un service public mais sont, en outre, chargés d'une activité qui n'est pas de service public, activité soit d'intérêt privé (professionnel) soit d'intérêt juridictionnel (questions disciplinaires). Les établissements professionnels dont les comités d'organisation furent et les ordres professionnels (27) sont encore une illustration, sont donc caractérisés par une dualité d'objet. Les établissements publics traditionnels à caractère purement admi-

(22) DE LAUBADÈRE, *Manuel*, 2^e éd., n° 105, pp. 73 et suiv.

(23) EISENMANN, *op. cit.*, p. 23.

(24) Voir DRAGO, *Les Crises de la notion d'établissement public*, Thèse Paris, 1948. Dans une étude récente présentée comme thèse de doctorat, M. R. CONNOIS a adopté une conception extensive de l'établissement public qu'il définit comme un organisme public doté de la personnalité morale et ayant une vocation spéciale (R. CONNOIS, *La Notion d'établissement public en droit administratif français*, L.G.D.J., 1958).

(25) Une exception à la définition proposée est constituée par les associations syndicales de propriétaires qui constituent des établissements publics bien qu'elles ne gèrent pas un service public, mais des intérêts privés collectifs, qui présentent parfois un caractère d'intérêt général. T.C., 9 décembre 1899, Canal de Gignac, S. 1900.349, note HAURIU.

(26) Voir sur ce point Th. DRAGO, précitée, pp. 102 et suiv. *Cours licence*, 2^e année, de M. VEDEL, 1955-56, p. 93. Mais comme exception au principe, voir notamment le cas des associations indigènes de prévoyance. C.E. Vezia, 20 décembre 1935, R.D.P. 1936, p. 118.

(27) L'appartenance des ordres professionnels à la catégorie des personnes de droit public qui paraissait unanimement admise (voir note MESTRE, D.C. 1944.52 et WALINE, D.A. 7^e éd. 1957, p. 367) semble être remise en cause par M. VEDEL (*Droit administratif*, 1958, p. 20).

nistratif, se trouvent entièrement soumis au droit administratif. Autre catégorie d'établissements publics : les établissements de nature interventionniste, à savoir les établissements publics à caractère industriel et commercial. Ces établissements se trouvent partiellement soumis au droit administratif et partiellement au droit privé. Le droit privé est largement prédominant s'agissant des établissements publics résultant des nationalisations. Enfin, troisième catégorie d'établissement publics, les établissements de nature corporative constitués par les chambres professionnelles (commerce, agriculture, métiers) (28).

10. — A côté des entreprises nationalisées, qui constituent des établissements publics à caractère industriel et commercial (Gaz de France, Electricité de France en application de la loi du 8 avril 1946; Charbonnage de France et Houillères de Bassin : article 2 de la loi du 17 mai 1946), il y a d'autres entreprises nationalisées qui, ne gérant pas de service public, ne constituent pas des établissements publics, mais des sociétés nationales. Tel est le cas de la Banque de France et des cinq grandes banques (loi du 2 décembre 1945), et d'un certain nombre de grandes compagnies d'assurances (loi du 25 avril 1946) (29).

(28) Sur la crise de la notion d'établissement public due, d'une part aux institutions de représentation des professions libérales et, d'autre part aux établissements publics résultant des nationalisations, nous renvoyons aux développements contenus dans la thèse de M. DRAGO, déjà citée. On trouvera une liste des établissements publics dans le document annexé au collectif budgétaire 1956, Ass. Nat., n° 2951 (annexe), Paris, Imprimerie Nationale, 1956. Signalons à ce sujet l'évolution récente du statut de l'Agence France Presse. L'A.F.P. avait été qualifiée d'établissement public par le décret du 30 septembre 1944, et son caractère commercial avait été affirmé à la suite du décret du 9 août 1947. Mais, en 1956, dans le document précité, l'A.F.P. figurait parmi les établissements publics à caractère administratif. Toutefois, par un arrêt du 8 mars 1957 (Jalenques de Labeau, concl. MOSSET, S. 1957.276 et D. 1957.378), le Conseil d'Etat considérait l'A.F.P. comme un établissement à caractère industriel et commercial. Entre temps est intervenu un nouveau statut de l'A.F.P. qui a radicalement transformé la structure de cet organisme (Loi du 10 janvier 1957, J.O. du 11, p. 582 et R.A.P. du 9 mars 1957, J.O. du 10, p. 2627). Désormais (art. 1^{er} de la loi précitée), l'A.F.P. est un organisme autonome doté de la personnalité civile et dont le fonctionnement est assuré suivant les règles commerciales. L'A.F.P. semble ainsi avoir cessé d'être un établissement public pour devenir un organisme privé créé par le législateur pour gérer un service public commercial ou « un de ces organismes innomés et inqualifiables dans lesquels on voit si volontiers depuis quelque quinze ans les témoins de l'effacement des frontières qui jadis séparaient le droit public du droit privé » (note de LAUBADÈRE sous l'arrêt précité, *Dalloz*, 1957, p. 382).

(29) La Régie Nationale des Usines Renault (Ordonnance du 16 janvier 1945 et R.A.P. du 7 mars 1945) est également une entreprise publique sans toutefois constituer soit un établissement public, une société nationale ou une société d'économie mixte. Sa nature juridique reste difficile à déterminer (voir J.C.A., fasc. 156, n° 16).

11. — Dernière catégorie de « personnes publiques », les sociétés d'économie mixte.

Ce sont des sociétés anonymes dans lesquelles l'Etat (ou toute autre collectivité publique) est actionnaire ou obligataire (30). Dans la mesure où cette participation financière publique sous forme d'actions ou d'obligations se trouve être majoritaire, ces entreprises doivent être considérées comme des personnes publiques (31). Tel est le cas, notamment d'Air France, de la S.N.C.F., de la Compagnie nationale du Rhône, des Mines domaniales de Potasse d'Alsace et des usines d'aviations nationalisées (S.N.E.C.M.A., S.N.C.A.S.O.) (32).

(30) DE LAUBADÈRE, *Traité*, 2^e éd., 1957, n° 1140, p. 581.

(31) C.E. 25 juin 1948, Delaruelle, S. 1949.3.24. *Contra*, voir CHARPENTIER, Un échec du capitalisme d'Etat : la S.O.F.I.R.A.D., R.D.P. 1955.870. A plus forte raison sont-elles des personnes publiques si, comme la S.N.C.F., Air France et les Usines d'Aviation, elles ont été nationalisées.

(32) Signalons quelques textes de droit positif relatifs à certaines des catégories de personnes publiques précédemment citées.

La loi du 6 janvier 1948 (art. 56) (J.O. du 7, p. 199) a institué une commission de vérification des comptes des établissements publics d'Etat de caractère industriel et commercial, des entreprises nationalisées et des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat possède au moins la majorité du capital social. Un décret du 19 juillet 1948 (J.O. du 23, p. 7207) a fixé l'organisation et le fonctionnement de la commission. Un arrêté du même jour (J.O. du 23, p. 7208) arrête la liste des établissements soumis à ce contrôle et qui se répartissent en deux groupes : les établissements publics et les entreprises nationalisées d'une part, les sociétés d'économie mixte d'autre part.

La loi du 17 août 1948 (J.O. du 18 août, p. 8082) (Titre II, art. 7) tendant au redressement économique et financier, envisage : les établissements publics de l'Etat à caractère industriel et commercial, les entreprises nationales, les sociétés nationales et les sociétés d'économie mixte.

Le décret du 1^{er} juin 1950 (J.O. du 7 juin, p. 6095) portant application de l'article 31 « o » de la loi du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail arrête (art. 1^{er}) la liste des entreprises publiques (au total 24) dont le personnel est soumis, pour les conditions de travail relevant des conventions collectives, à un statut législatif ou réglementaire particulier.

Enfin, un document annexé au Collectif budgétaire 1956 (Ass. Nat., n° 2951, annexe), Paris, Imprimerie Nationale, 1956, comporte une nomenclature des établissements publics et semi-publics de l'Etat (90 à caractère administratif ; 92 à caractère industriel et commercial), des sociétés d'économie mixte (23) et des fondations et associations subventionnées d'intérêt national (20).

Mentionnons pour mémoire le projet de loi portant statut des entreprises publiques du 31 décembre 1948, qui n'a jamais vu le jour, et l'article 3 de la loi du 3 avril 1955 qui invite le Gouvernement à soumettre au Parlement, dans le délai de six mois, un nouveau projet de loi portant statut général des entreprises publiques.

CHAPITRE PREMIER

LES AGENTS DES PERSONNES PUBLIQUES

12. — Le problème soulevé par la classification des divers personnels employés par les collectivités publiques est double (1). Tout d'abord, un problème de vocabulaire, car les différents termes employés le sont dans des acceptions diverses suivant les textes où on les trouve. D'où la nécessité de définir le point de vue auquel on se place et de préciser si tel terme est défini par rapport à tel texte ou à tel autre. Il existe ainsi une notion économique et une notion pénale du fonctionnaire, mais ces notions ne peuvent être purement et simplement transposées en droit administratif (2). Ensuite, un problème quant au fond : les transitions sont difficilement saisissables entre les statuts des diverses catégories d'où la difficulté de ranger tel agent dans telle ou telle catégorie.

Il existe, en effet, une extrême variété de régimes juridiques sous lesquels peuvent être rangés ceux qui, à un titre quelconque, participent à la gestion des activités administratives.

Les distinctions proposées pour permettre la classification des différentes catégories d'agents au service des collectivités publiques sont aussi nombreuses que variées.

13. — Jèze distinguait (3) : les agents du service public proprement dits, les auxiliaires et les réquisitionnés qui ne se trouvent pas dans la même situation juridique mais qui se caractérisent par un trait commun à savoir qu'ils fournissent des prestations d'activité personnelle pour faire fonctionner les services publics.

(1) Voir sur ce point VEDEL, *Cours de droit administratif*, 1953-54, p. 862.

(2) Cf. WALINE, *op. cit.*, 7^e éd., p. 739.

(3) JÈZE, *Principes généraux*, 2^e éd., 1914, p. 388.

14. — Hauriou opposait les fonctionnaires proprement dits qui se trouvaient incorporés à l'institution administrative, aux salariés de l'administration qui, eux, ne l'étaient pas (4).

15. — Duguit, pour sa part, rattachait la distinction des différentes catégories d'agents dans la collectivité publique à la distinction des activités qui ont ou n'ont pas le caractère de service public et distinguait les agents fonctionnaires qui participaient d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public, qu'il soit centralisé, décentralisé ou même concédé, aux agents employés (5). Ce qui le conduisait ainsi à donner la qualité de fonctionnaires aux ouvriers des services publics, du fait même que « la notion de fonctionnaire est intimement liée à la notion de service public; elle suit exactement la même évolution » (6).

16. — Ces distinctions étaient peut-être justifiées à l'époque où elles furent proposées, mais ne peuvent plus servir à décrire l'état actuel de la question. Plutôt que de distinguer les fonctionnaires publics et les agents non fonctionnaires publics (7), nous classerons les différentes catégories d'agents des personnes publiques pour une part dans la catégorie des agents publics et pour l'autre, dans celle des agents privés ou plus précisément de droit privé. En effet, « à soi seul, un trait négatif, l'absence d'un trait positif, ne représente pas pour une classe d'objets un principe d'unité suffisant » (8). D'ailleurs, la catégorie des « agents non fonctionnaires publics » est, de l'avis même de ceux qui ont proposé cette distinction, une catégorie multiple recouvrant une série de situations qui constituent des dégradés plus ou moins accentués entre les situations de droit administratif et les situations de droit privé.

Nous considérerons comme « agent public » : « toute personne régie par un statut de droit public, dont les droits et obligations sont déterminées, à défaut de texte, par référence aux principes généraux du droit administratif, tels que les a dégagés la jurisprudence des juridictions administratives, les critères à retenir étant la nature des fonctions exercées, le mode de nomination et, surtout, le régime de travail et de discipline » (9).

Sera considérée, au contraire, comme agent de droit privé, toute personne qui, bien qu'au service d'une personne publique, se trouve soumise au même régime juridique que le personnel des entreprises

(4) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., 1921, p. 578.

(5) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1911, T. I, pp. 425 et suiv.

(6) DUGUIT, *op. cit.*, p. 427.

(7) DUEZ et DEBEYRE, D.A. 1952, p. 633.

(8) EISENMANN, *op. cit.*, p. 157.

(9) Cf. WALINE, note sous C.E., Fockeu, 4 avril 1952, R.D.P. 1953.472 et sous C.E. Sarre, 26 octobre 1956, R.D.P. 1957.306.

privés et se trouve employée par cette personne publique dans des conditions de droit privé (10).

Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir par la suite sur les divers éléments de cette définition.

17. — Ce qui nous amène ainsi à distinguer dans le groupe des agents publics (11) : les fonctionnaires (pleins ou en puissance), les agents contractuels de droit public, les agents statutaires de droit public et les collaborateurs de droit public (requis ou bénévoles). Dans le cadre des agents de droit privé, nous trouverons : les agents contractuels de droit privé, les agents statutaires de droit privé et les collaborateurs de droit privé (requis ou bénévoles) (12).

(10) C.E. 26 octobre 1956, Sarre, précité.

(11) Cf. tableau annexe.

(12) En droit allemand, on distingue les fonctionnaires au sens strict (Beamten) qui collaborent à l'élaboration et à l'exécution directe des décisions administratives et les agents de l'Administration (Angestellten) qui accomplissent, au sein des services publics des tâches ne comportant aucune participation directe à l'exercice de l'autorité.

En Angleterre, n'existe pas une telle distinction. Tout au plus distingue-t-on le fonctionnaire recruté pour une durée limitée (temporary civil servant) du fonctionnaire recruté « pour autant qu'il plaira à la Couronne » (at pleasure).

Aux Etats-Unis, par définition, aucun agent ne bénéficie d'une garantie de stabilité (cf. Système des dépouilles). La distinction entre les « Beamten » et les « Angestellten » apparaissait tellement antidémocratique que sa suppression avait été un moment exigée dans les Länder compris dans la zone d'occupation américaine (GRÉGOIRE, *op. cit.*, pp. 75 et suiv.).

ANNEXE I

STATISTIQUE DES AGENTS DES PERSONNES PUBLIQUES
EN 1956

(Renseignements fournis par l'*Annuaire statistique de la France*, 1958.)

I. — *Agents émergeant au budget de l'Etat :*

Agents civils dans la Métropole.....	1.000.565
Agents civils outre-mer.....	59.311
Militaires de carrière	361.527
	1.421.403

II. — *Agents des départements et communes :*

431.758

III. — *Agents du secteur semi-public :*

S.N.C.F.	365.400
Mines	242.300
E.D.F.	89.149 (13)
G.D.F.	31.981
R.A.T.P.	34.400
	756.230 (14)

18. — Au cours de notre étude, il nous arrivera d'employer indifféremment les termes d'agents ou de préposés des personnes publiques. En effet, si l'on n'a pas coutume d'employer le terme de pré-

(13) Effectifs à la date du 31 décembre 1958, publiés dans le rapport du conseil d'administration de l'E.D.F. pour l'année 1958.

(14) A ce chiffre, devraient s'ajouter les statistiques relatives au personnel des banques et des compagnies d'assurances nationalisées.

posé s'agissant des agents des personnes publiques, il n'y a aucune raison valable qui s'y oppose. D'ailleurs, la jurisprudence parle fréquemment de « préposé » s'agissant d'un agent d'une collectivité publique (15). D'autre part, une étude des jurisprudences administrative et judiciaire établit la concordance des éléments exigés, en matière de responsabilité publique et en matière de responsabilité privée pour que l'acte d'un agent public ou d'un préposé privé engage la responsabilité de la collectivité publique ou du commettant. De telle sorte qu'à l'heure actuelle, l'affirmation répétée par de nombreux auteurs depuis Laferrière, selon laquelle l'agent n'est pas le préposé de l'Administration, est dépourvue de fondement (16). Les deux principaux arguments théoriques mis en avant pour dénier aux agents des personnes publiques la qualité de préposé ne résistent, en effet, pas à un examen sérieux (17). Hauriou, concrétisant la pensée de nombreux auteurs, affirmait que les « agents de l'Etat sont tous représentants ou créatures de représentants » (18), et ne peuvent donc pas être considérés comme des préposés. Duguit avait parfaitement vu ce qu'il pouvait y avoir d'erroné dans une telle affirmation. Il écrivait, en effet (19) : « Sont agents de l'Etat tous les individus et tous les groupes d'individus qui collaborent à l'exercice de l'activité étatique sans avoir le caractère de représentants. Ces derniers expriment la volonté même de l'Etat. Les agents ne représentent pas l'Etat; ils expriment leur propre volonté, mais cette volonté produit certains effets de droit public quand elle est exprimée dans les limites et suivant les formes fixées par la loi. » Les agents de l'Etat n'étant pas ses représentants peuvent donc être considérés comme ses préposés. Selon d'autres auteurs, les agents des personnes publiques ne pourraient pas être considérés comme tels, parce qu'ils dépendraient de personnes morales et non de personnes physiques. Mais, les employés d'une société anonyme, mis à part les membres de son conseil d'administration, ne sont-ils pas des préposés de la société anonyme ? (20). Dès lors, même si les tribunaux administratifs se refusent à appliquer l'article 1384 du

(15) T.C. 26 mai 1924, Veuve Lemette, S. 1924.3.49. C.E. 5 novembre 1941, Epoux Ceschin, *Rec.*, p. 515.

(16) Cf. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1^{re} éd., 1952, n° 220, p. 234, et *infra*, n° 271.

(17) M. WALINE souligne à juste titre que le lien de préposition n'est pas lié à l'existence d'un contrat, « le préposé est le subordonné, le commettant est celui qui peut donner des ordres ». De telle sorte qu'un agent public, même s'il n'est pas lié à la personne publique par un lien contractuel, peut être considéré comme son préposé (D.A., 7^e éd., p. 650, n° 1172). Voir dans le même sens Trib. corr. Lyon, 10 octobre 1958, note BLAEVOET, J.C.P. 1959.II.10926 et GUYENOT, *La Responsabilité des personnes morales publiques et privées*, Paris, L.G.D.J., 1959, pp. 102 et suiv.

(18) Note au Sirey, 1924.3.49.

(19) DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 1907, p. 413 ; *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., 1911, p. 424.

(20) EISENMANN, article cité au J.C.P. 1949.I.751, n° 10.

Code civil aux relations entre les collectivités publiques et leurs agents, du moment que les solutions consacrées en matière de responsabilité vis-à-vis des tiers sont identiques à celles auxquelles aboutirait l'application de l'article 1384 rien ne s'oppose à ce que l'on considère les agents des personnes publiques comme leurs préposés (21).

19. — Avant l'examiner dans le détail les différentes catégories d'agents des personnes publiques, il faut donner quelques précisions sur une expression, elle aussi fréquemment employée dans différentes acceptions : la fonction publique, bien que nous ne retenions pas cette notion comme critère de distinction.

Dans le langage courant, on considère comme faisant partie de la fonction publique l'ensemble des personnes employées dans tous les services et établissements publics relevant de l'Etat ou des collectivités locales ainsi que dans les entreprises nationalisées ou fonctionnant sous le régime de l'économie mixte (22). Ainsi la fonction publique recouvrirait l'ensemble des personnels qui incarnent l'Administration. L'ancien directeur de la fonction publique a mis l'accent sur « l'adaption du vocabulaire à l'ère des organisateurs » (23). Alors que primitivement, lorsqu'on parlait des membres de la fonction publique (employés, agents, fonctionnaires) on mettait l'accent sur la situation des intéressés, désormais l'accent est mis sur leur rôle dans la vie sociale d'où la large acception de l'expression. Ainsi pour l'homme de la rue sont fonctionnaires aussi bien les agents des administrations de l'Etat et des collectivités locales que ceux des organismes de Sécurité sociale, de la S. N. C. F., du Gaz et de l'Electricité, de la Banque de France. En réalité, dans la terminologie administrative, cette expression a une portée plus limitée. Elle intéresse toutes les personnes qui perçoivent un traitement prélevé directement sur les deniers publics et plus précisément les crédits budgétaires. Ainsi se trouvent exclus les employés et ouvriers des établissements publics industriels et à plus forte raison ceux des entreprises dont les collectivités publiques détiennent tout ou partie du capital. Elle recouvre donc uniquement les agents des administrations de l'Etat et des collectivités locales (24).

Ainsi, la notion de fonction publique est beaucoup plus large que celle du « personnel soumis à un statut de droit public ». Font partie de la fonction publique, sans pour cela être des « fonction-

(21) VEDEL, *Cours de droit administratif*, 1951-52, p. 264.

(22) *Encyclopédie politique*, T. II, pp. 159 et suiv.

(23) GRÉCOIRE, *La Fonction publique*, pp. 11 et suiv.

(24) Notons cependant que la « Direction de la Fonction publique » créée en 1945 et rattachée à la Présidence du Conseil, n'avait pas de compétence directe à l'égard des militaires, ni des agents des collectivités locales. Il en est de même pour la Direction Générale de l'Administration et de la Fonction publique qui s'est substituée à la précédente à la suite du décret du 3 février 1959 (voir SILVERA, *La Direction Générale de l'Administration et de la Fonction publique*, R.A., 1959, p. 289).

naires » au sens strict du terme comme nous allons le voir, aussi bien des agents dont le statut est comparable à celui des agents des entreprises privées que des agents dont le statut comporte des règles exorbitantes du droit commun (25).

La fonction publique englobe donc des personnels dont la condition juridique est foncièrement différente, ce qui explique que cette expression n'ait pu nous servir de critère de distinction. On retrouve dans la « fonction publique », des « agents publics » et des « agents privés ». Nous allons voir maintenant que si tous les « fonctionnaires » sont des « agents publics », ils n'en constituent qu'une fraction. Comme le remarque M. Vedel, il y a entre la notion d'agent public et celle de fonctionnaire la même relation qui existe entre le genre et l'espèce (26).

SECTION I

LES AGENTS PUBLICS

§ 1. — Les fonctionnaires.

La première catégorie d'agents publics est constituée par les « fonctionnaires ».

Nous distinguerons les fonctionnaires titulaires ou fonctionnaires « au sens plein du terme » (27), de ceux que nous appellerons « fonctionnaires en puissance » parce qu'ils ne réunissent pas toutes les conditions requises pour être fonctionnaires titulaires.

A. — LES FONCTIONNAIRES TITULAIRES OU FONCTIONNAIRES PLEINS :

20. — Bien que la loi du 19 octobre 1946 (28) ait entendu définir un statut général des fonctionnaires, elle n'avait pas résolu le problème de la définition du « fonctionnaire ». En effet, si l'article 1^{er} de cette loi stipulait que « le présent statut s'applique aux personnes qui, nommées dans un emploi permanent, ont été titularisées dans un grade de la hiérarchie des cadres d'une administration centrale de l'Etat, des services extérieurs en dépendant ou des établissements publics d'Etat », il n'en demeurerait pas moins qu'il ne pouvait servir de base à l'élaboration du critère du fonctionnaire car, du même coup, il excluait des catégories de personnels

(25) Concl. RENAUDIN sous C.E. 24 janvier 1941, Pontremoli, D.C. 1941, p. 135.

(26) VEDEL, *Cours*, 1953-54, p. 871.

(27) PLANTEY, *Traité pratique de la fonction publique*, n° 294, p. 126.

(28) Voir *Commentaires de la loi*, par GAZIER, D. 1947. L. 179 et MARTIN, S. 1947. L. 665.

traditionnellement regardés comme fonctionnaires tels les agents des collectivités locales (29), les magistrats de l'ordre judiciaire (30) et les militaires (31). Ainsi la loi du 19 octobre 1946, contrairement à son libellé, n'avait qu'une portée limitée et la définition qu'elle donnait du fonctionnaire ne s'entendait que pour son application (32). L'article 1^{er} de l'ordonnance du 4 février 1959 qui a repris dans les mêmes termes, à un détail près (33), les dispositions de 1946 n'a pas non plus résolu le problème de la définition du fonctionnaire.

21. — La loi du 14 septembre 1941 (34), abrogée par l'ordonnance du 9 août 1944 rétablissant la légalité républicaine, était relative au statut des fonctionnaires civils de l'Etat et des établissements publics de l'Etat, à l'exception de ceux qui, antérieurement au 15 juillet 1940, constituaient un personnel militaire et à qui des lois spéciales ont maintenu leur ancien statut (art. 1^{er}). Elle faisait par ailleurs une énumération des personnes qu'elle considérait comme fonctionnaires. Aux termes de son article 2 étaient fonctionnaires :

1° Celui qui est investi d'un emploi permanent compris dans

(29) Sur ce point la loi du 28 avril 1952 portant statut du personnel communal apparaît plus satisfaisante. L'article 1^{er} de cette loi prévoit que « le présent statut s'applique aux agents des communes et des établissements publics communaux et intercommunaux titularisés dans un emploi permanent à temps complet ». Ce statut n'est cependant pas applicable aux personnels des établissements communaux qui présentent un caractère industriel ou commercial. Le fonctionnaire communal est donc un agent titularisé dans un emploi permanent et à temps complet dans un service public communal ou intercommunal à caractère administratif. Voir *Chroniques GABOLDE*, D. 1952, p. 69, et *MEJAN*, R.A. 1952.249 et *Commentaire de la loi par CARCELLE et MAS*, S. 1952. L. 676. La loi du 28 avril a été complétée par celle du 22 mars 1957 et modifiée par les décrets du 12 août et 19 octobre 1959.

Avant la promulgation de la loi de 1952, la qualité de fonctionnaire communal résultait de la nature de la fonction, du mode de nomination et du régime de travail (C.E. 4 avril 1952, *Fockeu*, R.D.P. 1953.469 avec note de M. WALINE). Un arrêt récent du Conseil d'Etat (C.E. 6 mars 1957, *Saint-André*, *Rec.*, p. 141) retient l'occupation d'un emploi permanent pour reconnaître à une personne le « statut » d'agent administratif de la commune placé dans une situation de droit public. Quant au Tribunal des conflits il s'est attaché à la titularisation dans un emploi permanent pour qualifier d'agent de droit public communal une femme de service d'école maternelle (T.C. 20 avril 1959, *Demoiselle Salle*, J.C.P. 1959.II.11122, note R.L.). Pour la situation particulière des maires et maires adjoints de Paris qui ont la qualité d'agents publics, voir *Conclusions GULDNER* dans C.E. 3 juillet 1957. *Piro*, R.A. 1957.483.

(30) Toutefois, une loi du 20 mars 1951 leur avait étendu certaines dispositions de la loi de 1946. L'ordonnance du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature s'est largement inspiré des dispositions du statut de 1946 et se rapproche par son contenu de celui de 1959.

(31) J.C.A., fasc. 195, n° 4.

(32) *PLANTEY, op. cit.*, n° 24, p. 18.

(33) La référence à la notion de cadre se trouve supprimée.

(34) D.A. 1941. L. 483. *CHARLIER*, *Le Statut des fonctionnaires*, J.C.P. 1943.I.347.

un cadre organisé, en vertu de l'article 2 de la loi du 14 septembre 1941, d'un service public non industriel ni commercial assuré par l'Etat ou un établissement public de l'Etat ;

2° Celui qui est investi de fonctions de direction dans des services publics industriels ou commerciaux exploités en régie.

3° Le comptable de ces mêmes services lorsqu'il est soumis aux règles essentielles applicables aux comptables publics ;

4° Celui qui, dans les cas exceptionnels où l'Administration est amenée à assurer un service non industriel ni commercial par le moyen d'un engagement contractuel de droit public, est lié par un tel contrat à la personne publique dont il dépend.

Ce texte, outre le fait qu'il n'est plus en vigueur, a le tort d'être énumératif de telle sorte qu'il ne donne pas « une » définition du fonctionnaire.

Il n'y a donc pas à l'heure actuelle, en droit administratif français, de définition du fonctionnaire donnée par la loi.

Peut-on trouver une définition légale du fonctionnaire dans les autres branches du droit où l'expression de « fonctionnaire public » se trouve fréquemment employée ? Non plus, car comme le faisait remarquer Berthelemy (35), « si pour chaque texte elle (cette expression) a un sens particulier ordinairement clair, ce sens n'est pas toujours le même et du rapprochement de ces divers sens particuliers, on ne peut déduire aucune définition générale ».

22. — Le Code civil vise les fonctionnaires notamment dans ses articles 106 et 107, mais sans préciser ce que l'on doit entendre par fonctionnaires. L'article 106 est ainsi libellé : « Le citoyen appelé à une fonction publique temporaire ou révocable conservera le domicile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire. »

L'article 107 stipule : « L'acceptation de fonctions conférées à vie emportera la translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonctions. »

L'application de ces dispositions donne rarement matière à contestation. On considère que les notaires sont soumis à l'article 107 (36).

(35) BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e éd., 1933, p. 51.

(36) PLANIOL et RIPERT, T. I, 5^e éd., n° 575.

De même, s'agissant de l'article 427 qui prévoit que sont dispensés de la tutelle « tous citoyens exerçant une fonction publique dans un département autre que celui où la tutelle s'établit », il est admis que cette cause d'excuse profite même à des personnes qui ne sont pas à proprement parler des fonctionnaires mais qui sont astreintes à une résidence comme les notaires (L. du 25 ventôse, an XI, art. 1^{er} (37)).

L'étude des textes de droit civil ne nous apporte donc pas non plus d'élément satisfaisant. Il en est malheureusement de même des textes du droit pénal (38).

23. — Les fonctionnaires ou les agents publics sont souvent visés par les articles du Code pénal, soit pour leur accorder une protection spéciale (il y a des délits spéciaux contre les fonctionnaires tels que les délits d'outrages, d'injures à fonctionnaire) soit pour aggraver la pénalité lorsque le délinquant est un fonctionnaire, soit pour créer des délits spéciaux aux fonctionnaires, délits qui ne peuvent être commis que par eux, ou qui changent de qualification quand ils sont commis par un fonctionnaire.

Certains articles visent uniquement les fonctionnaires publics (ex. : l'article 126 Code pénal). D'autres y ajoutent les préposés ou agents du Gouvernement (art. 114). D'autres, enfin, emploient l'expression « officiers publics » soit seule (ancien art. 155), soit jointe à celle de « fonctionnaire » (par ex. : art. 174 et 175) (39).

Ces différents mots étaient-ils synonymes dans la pensée du législateur ? Il faut noter qu'à l'époque de la rédaction des codes, la notion de fonctionnaire était fort imprécise et qu'elle l'est restée jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Dans l'esprit des rédacteurs des codes,

(37) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 2064.

(38) WALINE, Les Rapports du droit administratif et du droit pénal, *Cours de doctorat*, 1947-48 et 1948-49. *Répertoire de droit criminel*, Dalloz, 1954.

(39) Citons également l'article 177 du Code pénal qui réprime la corruption des « fonctionnaires publics de l'ordre administratif ou judiciaire, des militaires et assimilés, des agents ou préposés d'une administration publique ou d'une administration placée sous le contrôle de la puissance publique et des citoyens chargés d'un ministère de service public » ; l'article 224 qui réprime les outrages aux « officiers ministériels, agents dépositaires de la force publique et aux citoyens chargés d'un ministère de service public » ; l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 qui punit la diffamation envers un « fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public » ; l'article 197 du Code pénal traite de l'exercice de l'autorité publique illégalement, d'une manière anticipée ou prolongée des « fonctionnaires publics révoqués, destitués ». L'article 42 donne pouvoir aux tribunaux jugeant correctionnellement d'interdire, dans certains cas, « d'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'Administration ou d'exercer ces fonctions ou emplois.

on estimait que la qualité de fonctionnaire public devait être reconnue à « tout dépositaire ou auxiliaire de l'autorité à quelque service qu'il soit attaché et quelle que soit la nature de ses attributions » (40). De telle sorte que la Cour de cassation attribuera cette qualité à tous les citoyens revêtus à un degré quelconque d'une portion de puissance publique et à ceux qui, investis d'un mandat public, soit par élection, soit par délégation du pouvoir exécutif, concourent à la gestion des affaires de l'Etat, du département ou de la commune (41).

En dépit des efforts tentés par ailleurs par le Conseil d'Etat et la doctrine et sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir, en vue de préciser cette notion, d'en fixer les contours et d'en dégager les caractères généraux, la jurisprudence judiciaire continue à donner au mot « fonctionnaire » un sens large et extrêmement vague. S'agissant ainsi de l'application de la loi du 11 janvier 1936 punissant ceux qui ont comme « directeurs de sociétés laissés figurer sur leurs prospectus, annonces, réclames, le nom et le titre d'un fonctionnaire », la Cour de cassation a estimé que le terme de fonctionnaire devait être entendu dans le sens le plus large et s'appliquait notamment à un officier de réserve (42). « Attendu, dit la Cour, que l'expression « fonctionnaire » employée par la loi précitée doit être entendue dans le sens le plus large ; qu'on ne saurait, sans méconnaître l'intention du législateur, refuser à ce texte législatif un caractère de généralité ; qu'il suffit en conséquence que les fonctions dont s'agit aient été réellement exercées par le prévenu en vertu d'une délégation régulière des pouvoirs publics, sans qu'il y ait lieu de tenir compte, soit de leur durée, soit de leur nature permanente ou temporaire » (43). Il est à noter que cette décision est intervenue postérieurement à la promulgation du statut des

(40) Répertoire de droit administratif BEQUET : T. 16-1889 : V° « Fonctionnaires publics », par M^{ss} CHANTE-GRELLET et PICHAT, n° 26. M. WALINE estime, au contraire, qu'au cours du XIX^e siècle on n'a entendu par fonctionnaires que ceux qu'on appelait « fonctionnaires d'autorité » à l'exclusion du personnel de simple exécution et surtout de préparation des décisions (Cf. Cours 1947-48, précité, pp. 10 et suiv.).

(41) Crim., 29 mai 1886, D.P. 1887.I.238 ; 24 février 1893, D.P. 1894.I.393 ; 30 octobre 1886, D.P. 1887.I.507 : au sens de l'article 197 du Code pénal est fonctionnaire « toutes les personnes qui, sous une dénomination quelconque, ont été investies d'un mandat dont l'exécution se lie à un intérêt d'ordre public et qui, à ce titre, sont soumises à l'autorité du gouvernement ».

(42) Cass. crim., 28 octobre 1943, J.C.P. 1944.II.2578, note CHARLIER.

(43) Il est à noter que le Conseil d'Etat semble adopter également une conception très large du « fonctionnaire » au regard de certains textes à caractère pénal. Ainsi, les débitants de tabac seraient-ils considérés comme fonctionnaires au sens de l'ordonnance du 27 juin 1944 sur l'épuration et l'article 21 de l'ordonnance du 26 décembre 1944 sur l'indignité nationale (concl. HEUMANN dans C.E. 17 mai 1957, Consorts Schutz, R.D.P. 1957.902. Le commissaire du Gouvernement les qualifie explicitement de « fonctionnaires » tandis que l'arrêt, plus prudent, se borne à constater qu'ils occupent un emploi public).

fonctionnaires de 1941, de telle sorte que les éléments de définition des fonctionnaires fournis par cette loi (44) ne précisaient que les agents auxquels s'appliquait le régime institué par la loi et il ne fallait donc pas voir dans l'article 2 de cette loi « un dictionnaire, une définition pour tous les textes où la notion de fonctionnaire joue un rôle » (45).

Ainsi, en droit pénal, la détermination de la qualité de fonctionnaire n'est pas constante. « En pratique, l'interprétation de ce mot varie suivant ses effets légaux » (46). Le contenu du terme doit être apprécié pour chacun des textes qui concernent le fonctionnaire et il n'est pas prudent pour définir le fonctionnaire à propos de telle infraction de se reporter à la définition donnée pour telle autre. Alors que parfois, comme nous l'avons vu (47), la jurisprudence judiciaire donne une très large portée à la loi pénale visant les fonctionnaires, dans d'autres cas elle est loin d'adopter une conception aussi extensive. Ainsi, s'agissant des outrages aux fonctionnaires, il est arrivé que la jurisprudence fasse appel à la distinction des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion (48), distinction dont nous aurons l'occasion de démontrer par la suite le caractère anachronique. Cette attitude est parfois d'autant plus critiquable qu'elle vise des textes qui théoriquement devraient avoir une très grande portée (tel est le cas notamment de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 relatif à la diffamation envers les fonctionnaires). Faisant allusion à l'attachement de la jurisprudence de la chambre criminelle, imbue des théories de Ducrocq et de Berthelemy, à la distinction complètement abandonnée en droit administratif depuis plus de quarante ans (49), des fonctionnaires d'autorité et des fonctionnaires de gestion, M. Waline écrit (50) : « Les théories qui ont prévalu dans une branche du droit, sont parfois, à l'égard des spécialistes des autres branches, comme ces étoiles éteintes dont la lumière nous parvient encore longtemps plus tard. Les civilistes ou pénalistes de la Cour de cassation croient encore aux prétendus fonctionnaires d'autorité. » Il semble toutefois qu'une certaine évolution se soit produite dans la jurisprudence de la chambre criminelle, à la veille de la dernière

(44) Cf. *supra*, n° 21.

(45) Note CHARLIER, précitée.

(46) H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel*, 1947, p. 459 *in fine*.

(47) De même s'agissant de l'article 177 du Code pénal visant la corruption des fonctionnaires, la jurisprudence inclut sous ce terme tous les agents des services publics.

(48) Ch. crim. 4 août 1926 (D. 27.I.44) ; Ch. crim. 18 février 1905 (D. 1905.I.257).

(49) Cf. conclusions TEISSIER sous T.C. Feutry, 29 février 1908, *Rec.*, p. 208.

(50) Cours doctorat 1948-49, p. 71.

guerre, et la vieille idée des fonctionnaires d'autorité se trouverait abandonnée à l'heure actuelle (51),

L'interprétation extensive de certaines lois pénales par les tribunaux répressifs est critiquable, dans la mesure où elle déclare les lois pénales applicables à des personnes non-fonctionnaires, alors que les termes de la loi visent les fonctionnaires, car cette attitude va à l'encontre d'un des principes généraux de notre droit selon lequel *Poenalia sunt restringenda*. La défense de la société qui imprime parfois un caractère opportuniste à la jurisprudence des tribunaux répressifs ne doit pourtant pas faire disparaître la protection des individus qui doivent savoir d'avance et par le texte ce qui leur est imposé et ce qui leur est interdit. Comme le souligne M. Charlier (52), la jurisprudence engagée dans la lutte contre la criminalité considère souvent un texte pénal comme étant plutôt la condition que la source de la répression. Ce pouvoir d'invention que se reconnaissent les tribunaux pour créer, par une libre recherche, la définition des mots du texte est contraire à la sécurité qui est indispensable en droit pénal comme dans toute autre branche du droit. Par contre, le juge est parfaitement en droit d'utiliser toutes les possibilités qu'offre le sens du texte (intention du législateur manifeste ou implicite, etc.).

S'il est vrai que le droit pénal présente une certaine autonomie par rapport aux autres branches du droit, « cette autonomie ne doit pas tourner au désordre, ni exclure les bienfaits de la coordination et de la rationalisation ». Il s'agit de « donner un seul sens à chaque expression et une seule expression à chaque sens ». Il appartient au législateur d'intervenir pour « standardiser les concepts de façon à préciser leurs juxtapositions, leurs emboitements et leurs secteurs de superposition » (53).

Devant cette insuffisance du législateur, quelle a été l'attitude de la doctrine et de la jurisprudence administratives ?

Nous allons, tout d'abord, examiner l'œuvre de la doctrine classique dans ce domaine.

Nezard était sans grandes illusions lorsqu'il écrivait : « On a cherché en vain le caractère distinctif du fonctionnaire ; aucun auteur ne peut se flatter d'y avoir réussi. La raison en est simple : c'est que l'expression n'a pas un sens absolu » (54).

Quelque quarante ans plus tard, la situation n'avait guère évolué puisqu'un commissaire du Gouvernement déclarait au lendemain d'une loi qui, cependant, entendait définir le fonctionnaire : « Il

(51) Crim., 4 novembre 1937, D.H. 1938.55.

(52) Note précitée au J.C.P. 1944.II.2578.

(53) Note CHARLIER précitée.

(54) NEZARD, *Théorie juridique de la fonction publique*, Thèse Paris, 1901, p. 24.

n'y a pas une notion unique du fonctionnaire » (55). Et pourtant, ce ne sont pas les tentatives de définition qui ont manqué.

24. — Les rédacteurs du mot « fonctionnaires publics » dans le *Répertoire* du droit administratif Bequet, considéraient, nous l'avons vu (56), sous cette rubrique : « Les citoyens qui, dépositaires ou auxiliaires du pouvoir, concourent à l'administration du pays et à la gestion de la chose publique ». Heureusement que les auteurs prenaient soin de préciser qu'ils entendaient ainsi « les fonctionnaires publics considérés dans leur ensemble et dans le sens le plus large ».

25. — Nezard lui-même, malgré son manque de conviction dans le résultat des recherches doctrinales dans ce domaine propose de considérer comme fonctionnaire « tout citoyen qui, sous une dénomination quelconque, reçoit librement de la loi le pouvoir qu'il exerce d'une façon permanente de faire des actes d'autorité publique ou de concourir dans une sphère plus ou moins élevée par des services manuels ou intellectuels à la gestion des intérêts collectifs d'une personne administrative » (57).

26. — Duguit estimant que l'intérêt principal de la distinction entre agents fonctionnaires et agents employés était relatif au droit de se syndiquer et au droit de grève, que seuls les agents employés peuvent se voir reconnaître, considérait comme fonctionnaires « les agents hiérarchisés qui sont associés d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public » (58). Le fonctionnaire lui apparaissant comme « l'agent des gouvernants qui participe à l'accomplissement d'un service rentrant dans la mission obligatoire de l'Etat » (59) ne pouvait ni faire grève, ni se syndiquer. Les gouvernants ont, en effet, une mission obligatoire à laquelle ils ne peuvent se soustraire et c'est pour la remplir qu'ils instituent des fonctionnaires auxquels on interdit alors normalement tout acte de nature à porter atteinte au caractère obligatoire de cette mission (60).

Dans la catégorie résiduelle des agents de l'Etat se trouvaient alors normalement les « agents qui ne sont pas fonctionnaires proprement dits et qu'on peut qualifier d'employés », c'est-à-dire ceux « qui participent à des opérations qui ne rentrent pas dans une mission considérée unanimement comme obligatoire pour l'Etat » (61).

27. — Jèze, dans sa définition du fonctionnaire, n'était pas

(55) Concl. RENAUDIN sous C.E. 24 janvier 1941, Pontremoli, D.C. 1941.I.135.

(56) Cf. *supra*, n° 23, note 40.

(57) *Op. cit.*, p. 33.

(58) DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 1907, p. 413.

(59) DUGUIT, *Etat, gouvernants et agents*, 1903, p. 413.

(60) DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, p. 420.

(61) DUGUIT, *Etat, gouvernants et agents*, p. 420.

éloigné de Duguit puisque d'après lui, « le critérium du fonctionnaire c'est la participation à l'accomplissement d'un service rentrant dans la mission obligatoire de l'Etat » (62). Constatant que la notion des missions obligatoires pour l'Etat variait avec le temps et avec le pays, il en concluait logiquement que la notion du fonctionnaire proprement dit variait aussi.

28. — Hauriou, reliant l'idée de fonction publique à celle d'institution, considérait comme fonctionnaires « tous ceux qui, en vertu d'une nomination de l'autorité publique, sous le nom de fonctionnaires, agents ou sous-agents occupent un emploi dans les cadres permanents d'un service public régi par l'Etat ou les autres administrations publiques » (63). En somme, tous ceux qui se trouvaient incorporés à l'institution administrative.

29. — Le commissaire du Gouvernement Rivet, essayant de faire le point de la question (64), mettait en évidence deux conceptions du fonctionnaire. L'une restrictive, plus près de la jurisprudence, subordonnait la qualification de fonctionnaire à la réunion d'un certain nombre de conditions, telles que la permanence de l'emploi, le traitement et la pension, la délégation plus ou moins large d'un pouvoir d'autorité. L'autre, plus extensive, s'éloignant davantage des réalités jurisprudentielles, considérait comme fonctionnaires tous les individus ayant reçu la qualité de commander au nom de l'Etat-puissance, ou de gérer au nom de l'Etat-personne, « formule qui permet à quelques auteurs de comprendre dans la définition jusqu'aux étrangers professeurs de langues vivantes dans les lycées et jusqu'aux soldats de la Légion ».

30. — Avec la généralisation de la participation de simples particuliers à la gestion des services publics, cet élément ne pouvait plus servir de fondement à la définition du fonctionnaire. Comme le faisait remarquer le commissaire du Gouvernement Renaudin (65), la collaboration des particuliers avec l'Administration comporte de nombreux degrés, revêt des formes diverses qui ne vont pas nécessairement jusqu'à l'intégration complète dans le système administratif. Ce qui amenait M. Renaudin à distinguer les fonctionnaires dans la pleine acception du terme soumis à la plénitude des devoirs et des droits attachés à la fonction publique, parce qu'exerçant une fonction publique à titre exclusif ou prédominant et des « fonctionnaires de seconde zone qui, ayant moins de devoirs, auraient aussi moins de droits ou de garanties ». Une fonction publique peut, en effet, être conférée à temps pour toute une carrière à un particulier qui exerce une profession privée

(62) JÈZE, *Principes généraux*, 1904, p. 26.

(63) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 1933, p. 728.

(64) Concl. RIVET sous C.E. 29 avril 1922, Caillaux, R.D.P. 1923.229.

(65) Concl. précitées sous Pontremoli, 24 janvier 1941, D.C. 1941.135.

et qui n'est fonctionnaire que dans la mesure où il consacre à la fonction publique une part de son activité. M. Renaudin sépare ainsi, sans malheureusement les définir exactement, la fonction publique organisée indépendamment de celui qui l'exerce et où l'élément personnel n'a pas de place et la qualité de fonctionnaire, dans laquelle l'élément personnel domine. Cette distinction devant permettre aux yeux de son auteur « de rattacher à l'une et à l'autre de ces notions ce qui lui revient : à la fonction, les éléments matériels correspondant à l'organisation de cette institution ; au fonctionnaire les éléments personnels correspondant aux nécessités d'une carrière consacrée au service public ».

31. — La promulgation de la loi du 19 octobre 1946 portant statut général des fonctionnaires aurait dû simplifier la tâche de la doctrine mais en raison des exclusions qu'elle formulait expressément et des dérogations en faveur de certains corps qu'elle autorisait (66), sa portée n'était pas aussi générale que le laissait penser son intitulé (67). De telle sorte qu'on avait pu dire que « la situation juridique qui résulte de la promulgation du statut général des fonctionnaires est bien plus complexe que celle qui existait avant 1946 ; loin de simplifier, le législateur a compliqué » (68). De telle sorte que la définition donnée par le statut général ne

(66) S'agissant des fonctionnaires d'outre-mer (art. 2) le statut prévoyait que des règlements propres aux fonctionnaires des cadres organisés outre-mer par décret interviendraient et sans être tenus par la lettre du statut, ils s'en inspireraient dans la limite des besoins et sous réserve des prérogatives appartenant aux assemblées représentatives locales. Le même article 2 prévoyait des dérogations aux règles du statut pour les membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, du Quai d'Orsay, de l'Administration préfectorale, du corps enseignant, de la police et de certains corps techniques. En principe, les agents étaient soumis au statut général, mais des règlements particuliers qui, en application du statut général, précisaient leur régime propre, pouvaient s'écarter sur certains points des dispositions formelles du statut, sous réserve des nécessités propres à l'administration considérée et après avis du Conseil supérieur de la Fonction publique.

L'ordonnance de 1959 tenant compte de la transformation de l'Union française ne mentionne plus les fonctionnaires d'outre-mer. Quant aux autres statuts particuliers prévus en 1946, leur existence est confirmée sous réserve d'un allègement de procédure puisqu'ils seront pris par voie de décrets en Conseil d'Etat et non plus par voie de R.A.P. Toutefois, les statuts particuliers au Conseil d'Etat, à la Cour des comptes, au corps diplomatique et consulaire, au corps préfectoral, aux recteurs d'académie et aux professeurs de l'enseignement supérieur seront délibérés en Conseil des ministres et, de ce fait, signés par le Président de la République. Les autres statuts particuliers sont pris par voie de décrets du Premier ministre.

(67) Le Conseil d'Etat avait jugé que le fait que des emplois ne figuraient pas à un chapitre de personnel titulaire dans le budget général ne pouvait à lui seul exclure la soumission de ces emplois au statut général de 1946 (C.E., 14 février 1958, Perret et Chamley, R.D.P. 1958, p. 994, concl. LONG).

(68) PLANTEY, *op. cit.*, n° 230, p. 105.

valait, nous l'avons vu, que pour son application (69). L'ordonnance de 1959 n'a pas modifié cette situation.

32. — La doctrine la plus récente serrant de plus près les éléments fournis par la jurisprudence administrative de ces dernières années, a proposé comme définition du fonctionnaire : « Celui qui a été titularisé dans un emploi permanent compris dans les cadres d'une administration publique et qui collabore d'une manière permanente à la gestion d'un service public en régie directe » (70). C'est donc la titularisation, critère purement formel, qui permet de distinguer le fonctionnaire des agents publics d'autres catégories. Et bien que cette distinction ne repose ni sur un critère hiérarchique ni sur un critère fonctionnel (71), il n'en demeure pas moins que c'est celle qui reflète le plus exactement le droit positif (72). Avant de retenir la permanence de l'emploi (73) dans un service public et l'intégration dans les cadres d'une administration par la voie de la titularisation comme critères de la définition du fonctionnaire (74), on avait écarté un certain nombre d'autres critères éventuels. S'agissant du mode de recrutement le caractère électif et non électif de la désignation n'a, en effet, aucune influence sur la qualité de fonctionnaire (74 bis). Par ailleurs, le mode de recrutement par concours n'est pas le seul mode de recrutement des fonctionnaires et ce procédé tend également à être utilisé dans le secteur privé. Sur le plan formel, ni la forme de la nomination (74 ter), ni la dénomination, officiellement donnée à un agent (74 quater) ne doivent être prises en considération. Enfin, le caractère rémunéré du fonctionnaire ne peut pas non plus servir de critère, car tout salarié de l'Etat n'est pas un fonctionnaire (74 quinque).

Dans cette acception du fonctionnaire se trouvent ainsi englobés : les magistrats de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, les personnels civils des ministères, des services des collectivités locales et des établissements publics administratifs, les militaires et les membres de l'enseignement, les agents des Postes et des Travaux publics en régie (75). Par contre, nous ne considérons pas comme fonctionnaires les directeurs et les comptables des établis-

(69) Cf. *supra*, n° 20.

(70) WALINE, *op. cit.*, 7^e éd., n° 1368, p. 741.

(71) R. GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 74.

(72) PLANTEY, *op. cit.*, n° 24, p. 19.

(73) Condition qui recouvre à la fois la nécessité d'un emploi permanent et celle d'une occupation permanente.

(74) DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, 2^e éd., n° 1252, p. 640.

(74 bis) *Contra* : HAURIU, *Précis de droit administratif*, 12^e éd. p. 751,

(74 ter) T.C., 15 janvier 1938, *Eric de Mare*, S. 1938.3.28.

(74 quater) C.E., 15 décembre 1937, *Bouakline*, *Rec.*, p. 1035.

(74 quinque) C.E., 29 novembre 1918, *Assoc. gén. des Percept. de France*, *Rec.*, p. 1068. Par contre, tout fonctionnaire au sens strict est rémunéré.

(75) PLANTEY, *op. cit.*, n° 23, p. 18.

sements publics à caractère industriel et commercial (76), car, à notre avis, le cadre des directeurs de ces établissements n'est pas un cadre rigide et la notion de directeur a subi de sérieuses modifications dans la jurisprudence récente (77). Ces personnels sont des agents statutaires de droit public, mais non des fonctionnaires au sens strict.

Se trouvent également exclus de notre définition certains agents que nous allons retrouver sous peu lorsque nous examinerons les « fonctionnaires en puissance », car il ne leur manque qu'un élément pour devenir des fonctionnaires au sens plein du terme : ce sont les auxiliaires, les stagiaires, les temporaires et les intérimaires. De même, ne sont pas des fonctionnaires (78), les personnes qui encourent des responsabilités politiques internationales, nationales ou locales, sans faire partie des cadres d'un service public administratif, les employés de services non gérés en régie (par exemple, le concessionnaire et ses agents) des entreprises publiques ayant un caractère industriel ou commercial (employés ou ouvriers d'Etat régis par le droit privé), des comités paraétatiques, les agents liés à la collectivité publique par un contrat ou une réquisition, les collaborateurs bénévoles occasionnels, les officiers ministériels (79). Tous ces agents seront suivant le statut auquel ils sont soumis, des agents publics ou privés, mais ne peuvent être considérés comme fonctionnaires (80).

33. — Sur la base de la définition du fonctionnaire que nous avons adoptée, et qui rend compte de la jurisprudence, il nous faut préciser certaines notions fréquemment employées s'agissant

(76) Cf. cependant *contra* : PLANTEY, *op. cit.*, n° 23, p. 18, et de LAUBADÈRE, *op. cit.*, 2^e éd., n° 1164, p. 597.

(77) C.E., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, précité, avec les conclusions du commissaire du Gouvernement MOSSET (S. 1957.276) et la note de M. de LAUBADÈRE (D. 1957.378). La nature même de personne publique de certains établissements publics à caractère industriel et commercial est elle-même sujette à transformation. Nous n'en voulons pour preuve que l'exemple récent de l'A.F.P. (voir *supra*, n° 9, note 28) qui a cessé d'être un établissement public pour devenir un organisme privé de telle sorte que même son directeur général ne serait plus un agent public (voir note de LAUBADÈRE sous l'arrêt Jalenques de Labeau, précité).

(78) PLANTEY, *op. cit.*, n° 32, p. 21. WALINE, *op. cit.*, 6^e éd., p. 324.

(79) Cf. *infra*, n° 89 et suiv.

(80) S'agissant des agents du Centre national de la Recherche Scientifique, le Conseil d'Etat refuse la qualité de fonctionnaire au directeur du C.N.R.S., poste unique et sans statut (C.E., Teissier, 13 mars 1953, concl. DONNEDIEU DE VABRES, D. 1953.735). Il en est de même des personnes qui collaborent aux travaux du C.N.R.S., exception faite d'un nombre très réduit d'agents titulaires, maintenus provisoirement en fonction par l'article 12 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au C.N.R.S., et qui constituent d'ailleurs un cadre en voie d'extinction (C.E., 28 février 1951, Synd. national de la Recherche Scientifique, D. 1952.292). Récemment, le Conseil d'Etat a réaffirmé l'exclusion du champ d'application du statut de 1946 des agents du C.N.R.S. qui, bien que permanents, sont contractuels. C.E., 9 mars 1955, Synd. national de la Recherche Scientifique, *Rec.*, p. 145.

des fonctionnaires, et qui doivent être nettement distinguées les unes des autres.

Le *grade* d'un fonctionnaire est la place qui est attribuée à ce fonctionnaire dans la hiérarchie administrative par la *titularisation*.

L'*emploi* d'un fonctionnaire est la fonction qu'il occupe à la suite d'une *nomination* (81).

Sous l'empire de la loi de 1946, le *cadre* constituait l'ensemble des emplois correspondant à toute la hiérarchie des grades que le fonctionnaire recruté dans les conditions posées par les textes était amené à acquérir par le jeu normal de l'avancement (82).

Le *corps* est l'ensemble des fonctionnaires à qui s'appliquent le même statut particulier et qui ont la même carrière, c'est-à-dire qui ont accès aux mêmes grades, par voie d'inscription aux mêmes tableaux d'avancement (83).

Jusqu'en 1959, la titularisation rattachait donc un fonctionnaire à un corps et à un cadre (84). Le corps composé d'une série de grades était théoriquement distinct du cadre qui groupait une série d'emplois, mais du fait du lien existant entre grade et emploi, dans la plupart des cas, corps et cadres se superposaient très exactement. Aussi l'ordonnance de 1959 a-t-elle supprimé la notion de cadre.

Enfin, avec la loi de 1946 est apparue une nouvelle notion qui peut être appelée à jouer un grand rôle sur le plan juridique : la *catégorie* (84 bis). Bien qu'aucune définition de la catégorie ne figure dans le texte de 1946 ni dans celui de 1959 (le législateur se borne à prévoir 4 catégories hiérarchiquement décroissantes : A. B.

(81) Sur la distinction entre grade et emploi, voir C.E., 27 avril 1956, Egazé, R.D.P. 1957.108 et note WALINE et SILVERA, *Chr.*, A.J. 1958.I.35. L'article 45 de la loi du 19 octobre 1946 stipulait que le grade confère à ses bénéficiaires vocation à occuper l'un des emplois qui leur sont réservés (C.E. 15 mai 1957, Courtel, R.P.D.A. 1957, p. 112). S'il faut donc distinguer les deux notions, cela ne veut pas dire pour autant qu'elles sont indépendantes l'une de l'autre. Cf. ordonnance du 4 février 1959, art. 28.

(82) Sur toutes ces notions, voir PLANTEY, *op. cit.*, pp. 256 et suiv.

On considérait que l'absence de « cadre » entraînait l'exclusion de l'application du statut général (cf. concl. LONG dans C.E. 14 février 1958, Chamley et Perret, précité, R.D.P. 1958, p. 994).

(83) Ordonnance du 4 février 1959, art. 17.

(84) L'article 25 de la loi du 19 octobre 1946 stipulait que « l'ensemble des emplois qui sont réservés par les textes, qui en réglementent l'accès, à des agents soumis aux mêmes conditions de recrutement et de carrière constitue un cadre dans la catégorie considérée du département ministériel intéressé » (voir sur ce point commentaire GAZIER, précité, D. 1947, L. 185). L'Administration continuait cependant à considérer le cadre comme l'ensemble des emplois correspondant à l'exercice d'une même fonction et qui, par conséquent, étaient occupés par des fonctionnaires de même grade. Le cadre indiquait, alors, à la fois un grade et le nombre d'emplois de ce grade (voir Cours professé à l'Ecole des P.T.T. par MM. LAUZON et CHASSAING, 1953, p. 26).

(84 bis) Notamment en ce qui concerne les conditions de recrutement et l'exercice du droit de grève.

C. D), on peut déduire de certaines de leurs dispositions que la catégorie est un ensemble d'emplois qui impliquent une qualification professionnelle du même ordre (85).

34. — Y a-t-il une distinction à faire entre les fonctionnaires suivant l'importance ou la nature de leurs fonctions ? A cette question, nous répondrons par l'affirmative. Il existe, en effet, une catégorie de fonctionnaires dont la nature de l'emploi est telle que la loi et la jurisprudence admettent que ces emplois sont laissés à la discrétion du Gouvernement.

Mais cette précision ne nous conduit nullement à faire revivre l'ancienne distinction des fonctionnaires de gestion et des fonctionnaires d'autorité. D'ailleurs, cette distinction mise en avant par les premiers auteurs de droit administratif (86), n'a jamais constitué une interprétation des faits (ni des textes, ni de la jurisprudence). Cette distinction parallèle à celle des actes d'autorité et des actes de gestion, également abandonnée par la suite, s'est toujours heurtée à de violentes critiques de la part de la doctrine (87). Il apparaissait, en effet, difficile de différencier les deux catégories de fonctions : fonctions d'autorité, manifestation d'une délégation de la puissance publique conférée par voie d'autorité, et fonctions de gestion. La classification proposée aboutissait à classer les agents selon la nature de leurs attributions et non selon leur place dans la hiérarchie. Par ailleurs, cette distinction supposerait que la puissance publique ne se manifeste que dans les décisions exécutoires opposables aux administrés et non dans la direction et le fonctionnement technique des services. Ce qui est manifestement contraire à l'esprit de notre droit public.

35. — Mais une distinction doit cependant être faite parmi les fonctionnaires pour mettre à part ceux qui ont été nommés à des emplois supérieurs et dont les emplois sont laissés à la discrétion du Gouvernement (88). La loi du 19 octobre 1946 disposait, en effet, dans son article 3, alinéa 2 : « Les statuts particuliers... déterminent pour chaque administration et service, après avis du Conseil supérieur de la fonction publique, les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement. » On a pu ainsi dire que « la notion d'emploi à la discrétion du Gouvernement faisait une entrée solennelle dans la législation ». L'ordonnance du 4 février 1959 a confirmé dans son article 3, alinéa 2, l'existence de tels emplois.

(85) Cf. commentaire GAZIER précité 185 c). La catégorie A grouperait les cadres supérieurs, la catégorie B le personnel d'encadrement, la catégorie C les agents de maîtrise et la catégorie D les agents de pure exécution (voir TIANO, *Le Traitement des fonctionnaires*, p. 58).

(86) NEZARD, *op. cit.*, pp. 461 et suiv.

(87) LARNAUDE, *Revue pénitentiaire*, juin 1906, p. 832. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. I, p. 430, 1911. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, p. 620.

(88) Voir sur ce point note BRAIBANT sous C.E., 1^{er} octobre 1954, Guille, D. 1955.431. P. LALUMIÈRE, « Les Hauts fonctionnaires », D. 1959, chr. p. 241.

Un décret du 20 juillet 1949 avait énuméré les emplois en question, en y incluant notamment les ambassadeurs, les gouverneurs de la France d'outre-mer, les préfets, les secrétaires généraux de ministères, les directeurs d'administration centrale, les recteurs d'académie. A la question de savoir dans quelle mesure ce texte était limitatif, aucun arrêt n'était venu donner une réponse formelle. Mais il résultait de certaines conclusions de commissaires du Gouvernement (89) que la liste comprise dans le décret du 20 juillet 1949 n'était limitative qu'à l'égard des emplois permanents compris dans les cadres des administrations de l'Etat et relevant à ce titre du statut général des fonctionnaires. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a jugé que ce décret n'était pas applicable, et que par conséquent aucun argument relatif au caractère limitatif de l'énumération ne pouvait être invoqué, s'agissant d'emplois dans les services publics à caractère industriel ou commercial. Ces emplois échappent, en effet, au statut général, en application duquel a été pris le décret en question (90). A la suite de la promulgation du nouveau statut, un décret du 21 mars 1959 a fixé les emplois supérieurs pour lesquels les nominations sont laissées à la décision du Gouvernement. Le nouveau texte s'est borné à reprendre l'énumération du décret de 1949 en y ajoutant quelques emplois (secrétaire général du Gouvernement, hauts fonctionnaires de l'Administration en Algérie). Le caractère limitatif ou non du décret n'est pas précisé, de telle sorte que l'on peut admettre que, comme par le passé, deux systèmes coexistent : celui de la définition réglementaire pour les fonctionnaires auxquels s'applique le statut général, et celui de la définition jurisprudentielle pour les autres. Quelle est donc cette définition jurisprudentielle ? D'après la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat, le critère essentiel est tiré de la nature de l'emploi. La haute juridiction administrative semble prendre en considération les éléments suivants : « poste constituant l'un des plus importants de notre Administration, placé sous la dépendance directe du Gouvernement et dont le titulaire remplit une haute fonction administrative d'autorité » (91). Dans une autre affaire (92), le commissaire du Gouvernement parlait de « pouvoirs de décision dans des affaires d'ordre politique » et de « participation à la fonction gouvernementale ». Le Conseil d'Etat a ainsi été amené à classer parmi les emplois laissés à la discrétion du Gouvernement : un directeur d'administration centrale (93), le directeur de l'Agence France

(89) Notamment concl. Jean DONNEDIEU DE VABRES sous C.E., 13 mars 1953, Teissier, D. 1953.735.

(90) C.E., 13 mars 1959, Nègre, A.J. 1959.II.99, note V.S.

(91) Cf. concl. DONNEDIEU DE VABRES, précitées.

(92) Cf. concl. LAURENT dans arrêt Guille, 1^{er} octobre 1954, précité.

(93) C.E., 10 décembre 1948, Lavaud, Rec., p. 467.

Presse (94) (antérieurement à la modification de l'A.F.P. en 1957), le directeur de l'Office National d'Etudes et de Recherches Aéronautiques (95), le directeur du Centre National de la Recherche Scientifique (96) le directeur du Centre Scientifique et Technique du Bâtiment (97), le directeur général du Centre National de la Cinématographie (98) et le directeur général des Eaux et Forêts (99). On a également voulu voir dans l'emploi d'administrateur représentant le personnel dans les conseils d'administration des entreprises nationalisées, un emploi supérieur dont la nomination et la révocation, à condition de ne pas être entachées d'erreur de droit, sont laissées à la discrétion du Gouvernement (100). Par contre ne rentre pas dans cette catégorie, l'emploi d'inspecteur d'Académie (101). Notons que, par ailleurs, l'ordonnance du 4 février 1959, relative à la Radiodiffusion et Télévision française soumet aux règles applicables aux emplois pour lesquels les nominations sont laissées à la disposition du Gouvernement, le directeur général, le directeur général adjoint et les directeurs de la R.T.F.

B. — LES FONCTIONNAIRES NON TITULAIRES OU FONCTIONNAIRES EN PUISSANCE (102).

36. — La jurisprudence étend à un certain nombre de personnes les règles générales du statut des fonctionnaires en leur appliquant ce que l'on pourrait appeler une définition extensive du fonctionnaire. Ces personnes ne peuvent, en effet, pas être considérées comme des fonctionnaires « pleins » c'est-à-dire titulaires, car ils ne remplissent pas la dernière ou les deux dernières conditions exigées pour être fonctionnaires titulaires (103) : tantôt ils occupent un emploi non permanent, tantôt ils occupent à titre provisoire un emploi permanent, tantôt, enfin, ils occupent à titre provisoire un emploi qui n'est lui-même pas permanent. Les personnes publiques ont recours à des agents non titulaires pour des tâches occasionnelles, temporaires ou spéciales que des circonstances particulières les obligent à assumer, mais pour lesquelles il n'est pas opportun de créer un cadre de fonctionnaires titulaires. La première guerre mondiale fit particulièrement sentir le besoin

(94) C.E., 24 juin 1949, Nègre, D. 1949, p. 570, note J.G.

(95) C.E., 13 novembre 1952, Jugeau, *Rec.*, p. 506.

(96) C.E., 13 mars 1953, Teissier, D. 1953, p. 735.

(97) C.E., 2 janvier 1959, Marini.

(98) C.E., 10 avril 1959, Fourré-Cormeray, D. 1959, p. 210, concl. HEUMANN.

(99) C.E., 5 juin 1959, Dufay, R.P.D.A. 1959, n° 229, p. 113.

(100) Voir concl. HEUMANN dans C.E., 12 février 1958, Lebrun et Pasquier, D.S. 1958, p. 265.

(101) C.E., 1^{er} octobre 1954, Guille, D. 1955, p. 431.

(102) Cf. tableau annexe n° 2.

(103) PLANTEY, *op. cit.*, n° 33, p. 21.

ANNEXE II

AGENTS CIVILS TITULAIRES ET NON TITULAIRES

(Source : *Annuaire statistique de la France* 1958, p. 70.)

I. — Agents de l'Etat.

En 1956	TITULAIRES			NON TITULAIRES	
	Effectifs — totaux	Fonction- — naires	Ou- — vriers	Fonction- — naires	Ou- — vriers
Budget général.	771.506	545.775	120.089	87.436	18.206
Budgets annexes	226.392	195.943	19.297	8.707	2.445
Budgets propres	46.875	16.737	15.980	10.191	3.967
Total du person- nel civil	1.044.773	758.455	155.366	106.334	24.618

(Ministère civils et Défense nationale.)

II. — Agents des collectivités locales.

TOTAL	TITULAIRES	NON-TITULAIRES
—	—	—
431.758	297.658	134.100

d'augmenter les agents au service des collectivités publiques (104), mais en prévision du retour à une période normale nécessitant la suppression des emplois surabondants, on se refusait à leur assurer une stabilité de l'emploi. Avec la deuxième guerre mondiale et le développement de l'interventionnisme étatique, le personnel administratif ne fit qu'augmenter en même temps que s'organisait d'une façon quasi permanente la condition juridique de ces personnels.

Parmi les « fonctionnaires non titulaires ou en puissance », nous rangerons : les auxiliaires, les temporaires et les stagiaires.

37. — 1. *Les auxiliaires* (105) : primitivement les auxiliaires étaient des agents recrutés temporairement et n'ayant pas la qualité de fonctionnaires. Jèze les définissait ainsi (106) : « les auxiliaires sont les individus qui fournissent temporairement, exceptionnellement, occasionnellement leur activité personnelle pour assurer le fonctionnement d'un service public. Leur régime juridique est celui du louage de services du droit privé ». Avant la première guerre mondiale, s'agissant de travaux exceptionnels et urgents, l'Administration faisait appel à des employés « auxiliaires » pour aider durant un temps limité les « titulaires » d'emplois. Ce personnel de renfort était rémunéré sur des crédits globaux ouverts par le Parlement sans indication ni de la nature des fonctions, ni du nombre de postes. Ces personnels étaient en fait recrutés dans les mêmes conditions juridiques que les travailleurs du commerce et de l'industrie. Mais leur régime s'est radicalement transformé à la suite d'une longue évolution entamée au lendemain de la première guerre mondiale. Ne les appelle-t-on pas aujourd'hui des « fonctionnaires au petit pied » (107). M. Vedel va même plus loin (108) en qualifiant les auxiliaires de « fonctionnaires d'une catégorie subalterne, de deuxième catégorie, ne présentant plus de différence juridique réelle avec le fonctionnaire proprement dit ». Il faut quand même noter une différence : c'est l'absence de titularisation, de telle sorte que les auxiliaires ne sont pas incorporés dans les cadres administratifs. Différence toute théorique car, d'une part l'auxiliarat est devenu un moyen d'accéder à la fonction publique, la titularisation de certaines catégories d'auxiliaires ayant été prévue par des textes et d'autre part, les auxiliaires forment, à l'heure actuelle, un véritable cadre. Comment est-on ainsi passé de l'auxiliaire « primitif » à l'auxiliaire « moderne » ?

(104) Il est à noter toutefois qu'il y a toujours eu des fonctionnaires non titulaires, appelés notamment des « surnuméraires ». H. de BALZAC leur a consacré plusieurs pages fort amusantes (*Les Employés*, 1832, éd. Calmann-Lévy, pp. 115 et suiv.).

(105) PLANTEY, *op. cit.*, pp. 34 et suiv. GRÉGOIRE, *op. cit.*, pp. 77 et suiv. VEDEL, *Cours*, 1953-54, pp. 871 et suiv. WALINE, *op. cit.*, 6^e éd., pp. 325 et suiv.

(106) JÈZE, *Princip. génér.*, 1914, p. 391.

(107) PLANTEY, *op. cit.*, n^o 70, p. 36.

(108) VEDEL, *Cours cité*, pp. 871 et suiv.

38. — Tout d'abord, il y eut une augmentation des crédits pour le recrutement d'auxiliaires et certains services rendus nécessaires par les hostilités de 1914-1918 et considérés comme essentiellement temporaires furent maintenus pendant de nombreuses années, d'autres prirent même un caractère définitif. De telle sorte qu'on maintint un auxiliaariat nombreux alors que la logique aurait dû conduire à la création d'emplois permanents. Mais la technique de l'auxiliaariat présentait deux avantages : d'une part elle permettait aux administrations de recruter du personnel qui ne remplissait pas les conditions exigées pour être fonctionnaires de telle sorte qu'ils n'auraient pu accéder aux emplois éventuellement créés dans les services dont ils assumaient la gestion, d'autre part et surtout, les auxiliaires ne bénéficiaient pas des avantages reconnus aux titulaires d'emplois et leurs rémunérations restaient faibles, ce qui permettait de faire des économies. M. Grégoire souligne ainsi (109) comment l'auxiliaariat, de personnel d'appoint perdait son caractère initial et devenait un personnel permanent mais moins bien traité que les titulaires.

39. — A la suite de l'abus de l'utilisation des crédits globaux, le régime de l'autorisation des emplois fut étendu à l'auxiliaariat. De même que l'on parle « d'emplois traditionnels », on en vint à parler « d'emplois auxiliaires », le ministère des Finances s'efforçant de déterminer pour chaque service un effectif d'auxiliaires, subdivisé le cas échéant selon la nature des fonctions. L'abus de l'auxiliaariat présentait de graves inconvénients, car le personnel recruté était de valeur inégale et le fait que la quantité suppléait à la qualité était une piètre consolation. Mais la situation de ce personnel étant matériellement médiocre, il était difficile d'exiger de lui une qualification professionnelle sérieuse. Une réforme s'imposait. Elle fut amorcée par le Gouvernement de Vichy. La loi du 14 septembre 1941 distinguant les fonctionnaires des employés, dont les postes étaient analogues par leur nature à ceux des entreprises privées, classait les auxiliaires selon leurs capacités professionnelles et leurs fonctions réelles dans l'une des sept catégories d'employés créées. L'ordonnance du 9 août 1944 abrogeant la loi de 1941, supprime cette première tentative de réorganisation ou plutôt d'organisation des auxiliaires. Toutefois, dès la Libération, de nouvelles dispositions furent prises mais, comme le souligne M. Grégoire, les premières mesures eurent davantage pour but de calmer certaines revendications que de mieux assurer l'organisation administrative (110). Un décret du

(109) GRÉGOIRE, *op. cit.*, pp. 77 et suiv.

(110) Les décrets des 26 juin 1944 et 19 octobre 1944 venant à la suite du décret du 29 juillet 1939, de la loi (validée) du 18 septembre 1940 et de l'arrêté du 2 février 1944 assuraient aux auxiliaires une allocation viagère leur tenant lieu de pension, allocation déclarée partiellement incessible et insaisissable par ordonnance du 4 juin 1945.

22 mai 1945 intervint pour harmoniser les situations matérielles des auxiliaires qui se trouvaient regroupés en deux cadres : les auxiliaires de bureau et les auxiliaires de service. L'ordonnance du 21 mai 1945 avait prévu qu'après dix années de service, les auxiliaires âgés d'au moins 35 ans pourraient accéder à des cadres complémentaires, dont les emplois présentent un caractère permanent et bénéficier ainsi des avantages reconnus aux fonctionnaires. Chaque année, la loi de finances devait prévoir la transformation d'un nombre suffisant d'emplois d'auxiliaires en emplois de cadres complémentaires. D'après l'avis des praticiens (111), ce texte était contraire aux intérêts de l'Administration car, d'une part, il titularisait, à l'ancienneté, un personnel dont le choix n'était entouré d'aucune garantie. D'autre part, il transformait des emplois d'auxiliaires en emplois permanents, non pas d'après les besoins des services, mais d'après l'âge et l'ancienneté des agents alors en fonction. La résorption de l'auxiliariat n'était donc pas envisagée et les cadres complémentaires ne se recrutant que parmi les auxiliaires, ceux-ci devaient continuer à constituer la grande masse du personnel d'exécution. C'est dans ces conditions qu'intervint le décret du 19 avril 1946 (112) qui institue un véritable statut commun à tous les auxiliaires. Ce statut comportait un certain nombre de dispositions qui les rapprochaient sensiblement des fonctionnaires (examen d'aptitude et stage avant nomination, garanties d'avancement, congés de maladie, garanties disciplinaires comportant notamment des conseils de discipline, une limite d'âge). Octobre 1946 marque la fin de la première étape d'une réforme définitive de l'auxiliariat. L'article 119 de la loi de finances du 8 octobre 1946 autorise le Gouvernement à transformer par décret tous les emplois d'auxiliaires de bureau existant dans les services permanents des administrations centrales en emplois de titulaires. Ces emplois n'appartenaient plus à des cadres complémentaires, mais aux cadres normaux d'employés de bureau, dactylos, sténos et secrétaires sténo-dactylos. Le recrutement d'auxiliaires était désormais interdit dans ces services, toutes les fonctions permanentes devant être assurées par des titulaires. Ces mêmes principes furent repris et appliqués avec une plus grande souplesse à l'ensemble des services et établissements publics de l'Etat par la loi du 3 avril 1950 qui complète le statut des auxiliaires (113). Cette loi contient deux dispositions essentielles. D'une part, elle autorise la transformation des emplois auxiliaires en emplois permanents « compte tenu des spécialités professionnelles exigées par les besoins constants du service ». D'autre part, elle interdit dans les mêmes services, le recrutement d'agents non titulaires, sauf dans

(111) Cf. GRÉGOIRE, *op. cit.*, pp. 77 et suiv.

(112) Modifié par le décret du 5 août 1946.

(113) Auparavant, un décret du 28 août 1949 avait fait bénéficier certains agents temporaires et contractuels « d'un régime de retraite par répartition complémentaire au régime général des assurances sociales ».

un nombre de cas très limité, notamment : l'occupation d'emploi comportant un service journalier à temps incomplet, l'exécution de travaux exceptionnels justifient le recours à un personnel d'appoint pour une période de trois années au maximum (114), le remplacement temporaire pendant un an au plus de fonctionnaires titulaires (115).

40. — Si, théoriquement, on revenait ainsi à la conception traditionnelle de l'auxiliariat, dans la pratique, il semble malheureusement que la loi de 1950 ait eu une portée limitée. Selon M. Grégoire, les administrations n'y ont vu qu'un moyen de donner satisfaction aux revendications des auxiliaires : elles se seraient pour la plupart refusé de l'envisager comme le point de départ d'une réforme administrative. Ainsi, elles se sont opposées aux réductions d'effectifs que la substitution de titulaires aux auxiliaires rendait possible et qui aurait réduit à très peu de chose le coût de l'opération. Les conclusions des comités techniques paritaires n'auraient pas été guidées par le désir de procéder à une saine réorganisation. Les fonctions confiées aux auxiliaires ont été appréciées de façon très large afin de pouvoir titulariser ces agents dans les grades les plus élevés. Il n'a pas été fait d'étude sérieuse des besoins réels des services. De telle sorte que, d'après M. Grégoire, qui occupa durant de nombreuses années le poste de directeur de la fonction publique, le résultat vraisemblable de la législation de 1950 ne sera pas une réorganisation souhaitée des corps de fonctionnaires, mais l'attribution à la quasi-totalité des auxiliaires en fonctions d'une titularisation qui ne bénéficiera guère aux services publics. Par ailleurs, le recrutement d'agents non titulaires à l'encontre des dispositions les plus formelles de la loi de 1950 s'est continué comme par le passé (116). Ainsi, les conditions trop rigoureuses posées au recrutement des fonctionnaires (notamment, obligation de laisser pour des motifs d'économie un pourcentage de places vacant et les autorisations successives nécessaires) et la tendance de nombreux chefs de service à recruter librement leurs collaborateurs, sans se plier à des règles rigides, risquent de retirer une grande partie de leur efficacité aux dispositions permanentes de la loi de 1950.

41. — L'ensemble des textes intervenus pour organiser la situa-

(114) Dans ces deux cas des crédits spéciaux de personnels auxiliaires seront délégués par décret à chacune des administrations intéressées, dans les limites d'un crédit global inscrit chaque année au budget du ministère des Finances.

(115) Dans ce cas, ces agents seront rémunérés sur les crédits afférents au paiement des fonctionnaires titulaires qu'ils remplacent.

(116) M. GRÉGOIRE cite deux procédés utilisés par lesquels a été tournée la loi de 1950 : d'une part, les administrations ont obtenu des crédits pour la rémunération d'auxiliaires et d'autre part, on a utilisé des crédits ouverts pour la rémunération de titulaires et qui restaient inutilisés, car les concours de recrutement n'ont pas été organisés.

tion des auxiliaires et leur conférer un véritable statut ont ainsi créé un corps d'auxiliaires avec des cadres permanents (117).

L'ordonnance du 21 mai 1945, la loi du 3 avril 1950 et celle du 26 septembre 1951, en prévoyant la titularisation de certaines catégories d'auxiliaires employés de façon continue ont fait de l'auxiliariat un moyen d'accéder à la fonction publique, la titularisation faisant des auxiliaires des fonctionnaires au sens plein du terme (118).

De telle sorte que M. Waline a pu en conclure que la notion de fonctionnaire perdait sa spécificité (119), l'auxiliaire collaborant à la gestion d'un service public en régie d'une façon analogue à celle du fonctionnaire, occupant de façon permanente comme lui un emploi compris dans les cadres d'un tel service, ne se distingue plus du fonctionnaire que par le fait qu'il n'a pas ce titre ni le même statut (120).

Traditionnellement, personnel en surnombre destiné à renforcer les cadres administratifs réguliers pour faire face à un surcroît de besogne « exceptionnel » et temporaire ou à une insuffisance également exceptionnelle et temporaire, les auxiliaires tendent à devenir un personnel permanent dont les seules caractéristiques, par rapport au personnel fonctionnaire proprement dit, seront une rémunération encore plus médiocre, une plus grande maniabilité par suite des moindres garanties contre les mesures disciplinaires et une instruction générale et technique encore moindre (121).

42. — 2. *Les temporaires* (122) : il existe une certaine catégorie de personnel des collectivités publiques qui ont été recrutés pour remplir des fonctions encore plus précaires que celles des auxiliaires; ces agents sont des « temporaires » dont la condition juridique est moins favorable que celle des auxiliaires.

Importante durant la deuxième guerre mondiale et à la Libération, cette catégorie aurait dû normalement disparaître avec le retour à une situation normale, mais par suite de la limitation du

(117) On distingue à l'heure actuelle des auxiliaires temporaires et des auxiliaires permanents, des auxiliaires contractuels et des auxiliaires non contractuels. Le commissaire du Gouvernement LATOURNERIE distinguait, en 1938, 4 catégories d'auxiliaires : les auxiliaires permanents (titulaires d'un emploi qui, tout en dépendant d'un service permanent, est compris dans un cadre doté de garanties de stabilité moindres que celles du cadre permanent), les auxiliaires titulaires (titulaires d'un emploi dans un service et un cadre temporaire), les auxiliaires temporaires (nommés en dehors des cadres d'un service temporaire ou permanent), les auxiliaires non titulaires (nommés pour pourvoir provisoirement, par exemple, par intérim, dans un cadre permanent ou temporaire). Cf. concl. LATOURNERIE, dans Jacquet, Wicker et autres, C.E. 25 février 1938, R.D.P. 1938.805.

(118) Cf. PLANTEY, *op. cit.*, n° 294, p. 126.

(119) WALINE, *op. cit.*, 6^e éd., p. 326.

(120) Du moins d'une manière formelle.

(121) WALINE, *op. cit.*, 6^e éd., p. 326.

(122) PLANTEY, *op. cit.*, p. 23. GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 82.

recrutement de fonctionnaires titulaires, les administrations ont dû, pour occuper les emplois vacants, faire appel à des agents temporaires dont la situation tendra progressivement à se stabiliser et à se rapprocher de l'auxiliariat. C'est là un nouvel exemple d'une technique juridique qui initialement conçue comme provisoire, car liée à des périodes exceptionnelles tend à se maintenir au-delà de ces périodes et à acquérir une certaine permanence.

C'est le décret du 1^{er} septembre 1939 fixant la situation des personnels des administrations qui a prévu, en vue de protéger les intérêts des fonctionnaires mobilisés, l'admission de nouveaux agents des services et établissements existants ou des services nouveaux, pendant la durée des hostilités, mais à titre précaire et essentiellement révocable. Ainsi se trouvaient créés des « cadres temporaires ».

Cette technique ayant donné de bons résultats, elle fut maintenue après la guerre dans des services constitués pendant les hostilités et dont le maintien s'avérait utile. Par ailleurs, on recruta des « agents temporaires » pour la constitution de services nouveaux dont la mission bien que longue était provisoire (ex. Affaires allemandes et autrichiennes, Reconstruction).

43. — En principe, ces agents étaient recrutés pour occuper des emplois non permanents et leur avenir se trouvait lié à celui de leur emploi. Ils se distinguaient ainsi des fonctionnaires titulaires en ce qu'ils n'avaient pas d'« état », comme le dit M. Grégoire, leur assurant à titre personnel une situation stable. Leur licenciement devait donc toujours être possible dans l'intérêt du service (compte tenu d'un préavis et de l'octroi d'une indemnité).

Mais, dans la pratique, les agents temporaires se virent assurer certaines garanties de stabilité. La loi du 3 septembre 1947 sur le dégagement des cadres institua, pour les agents temporaires, les mêmes formalités de licenciement, en cas de réduction d'effectifs, que pour les fonctionnaires titulaires. De telle sorte que les agents temporaires ne sont pas licenciés automatiquement lorsque les emplois qu'ils occupent sont supprimés. Certains « agents temporaires » sont même exclus des mesures de licenciement.

Beaucoup « d'agents temporaires » se trouvent donc en fonctions depuis plusieurs années et resteront encore longtemps indispensables. Le législateur a déjà prévu la titularisation « à titre personnel » d'agents du ministère de la Reconstruction et de l'Urbanisme occupant des emplois non permanents (123).

(123) M. GRÉGOIRE critique vivement cette évolution vers une certaine stabilité de l'emploi des cadres d'agents temporaires. Il aurait préféré un régime permettant aux temporaires d'acquérir progressivement les avantages sociaux reconnus aux titulaires sans pour autant cesser de tenir leur emploi comme précaire. Il suggérerait leur affiliation, à titre personnel, au régime général des retraites, ce qui eut laissé la possibilité de les licencier en cas de liquidation des services.

D'une manière générale, la jurisprudence administrative considère les agents temporaires comme des agents publics et leur applique les principes du droit public (124).

44. — 3. *Les stagiaires* (125) : le stagiaire est une personne qui ayant, à la suite d'un examen professionnel ou d'un concours de recrutement de la fonction publique, vocation légale à être titularisée fonctionnaire, accomplit un temps d'épreuve pratique pouvant se terminer par son incorporation dans les cadres. C'est un fonctionnaire en puissance.

Le R.A.P. du 13 septembre 1949 (126) modifié par celui du 5 décembre 1951 a institué un statut des stagiaires. Il existe deux catégories de stagiaires :

— les fonctionnaires soumis à un emploi permanent conformément aux règles en vigueur pour le recrutement, mais non titularisés. Leur situation résulte en partie des statuts particuliers des différents corps ;

— les élèves des écoles rémunérés par la collectivité publique. Leur situation est essentiellement régie par les règlements intérieurs des écoles.

La qualité de stagiaire a été reconnue aux élèves de l'Ecole Nationale d'Administration (ordonnance du 9 octobre 1945) et à ceux de 3^e année des Ecoles Normales Supérieures (loi du 26 août 1948). Il en est de même pour les élèves des Ecoles militaires, pour le temps dépassant la durée du service légal. En l'absence de textes conférant à des élèves de diverses écoles préparant à des concours de la fonction publique, la qualité d'agents publics alors qu'ils sont encore à l'école, ces élèves sont des usagers et non des agents du service public. Le R.A.P. de 1949 précise notamment le régime disciplinaire des stagiaires. Ceux-ci peuvent être licenciés pour insuffisance professionnelle et bénéficient d'un régime de congés moins généreux que les titulaires. Sauf disposition législative ou réglementaire contraire, la titularisation n'est pas automatique à la fin du stage (127). Le stagiaire a vocation mais non droit à être titularisé (128).

§ 2. — Les agents contractuels de droit public. (129).

45. — Si le statut de 1941 reconnaissait la qualité de « fonctionnaires » aux agents liés à une personne publique par contrat de

(124) C.E., 29 octobre 1947, Etlin, *Rec.*, p. 394.

(125) WALINE, *op. cit.*, 7^e éd., p. 742. PLANTEY, *op. cit.*, pp. 23 et 36.

(126) J.O. du 15, p. 9294.

(127) C.E., 8 janvier 1930, Marianis, *Rec.*, p. 11.

(128) Cf. note WALINE sous C.E., Demoiselle Weiss, 28 avril 1938, D. 1939.341.

(129) *Bibliographie*. Voir *Manuels de droit administratif*. Ajouter : J. de SOTO, Les Fonctionnaires contractuels, dans les *Mélanges Mestre*, 1956, p. 493. De LAUBADÈRE, *Contrats administratifs*, T. I, pp. 124 et suiv.

droit public, le statut de 1959 pas plus que celui de 1946 ne prend position sur la question des fonctionnaires contractuels. Mais, compte tenu des termes de l'article 5 de ce statut stipulant que la situation des fonctionnaires est statutaire et réglementaire, dès lors qu'une personne est recrutée par contrat, même si ce contrat est soumis aux règles du droit public et de ce fait soumis à des règles spéciales (130), elle ne peut plus être considérée comme fonctionnaire, mais comme un agent contractuel de droit public ou de droit privé suivant la nature du contrat (131). D'autant plus que l'agent contractuel même de droit public ne répond pas au critère du fonctionnaire, tel que nous l'avons défini (132) ; il ne fait, en effet, pas « carrière » dans l'Administration. « Il peut être nommé dans un emploi permanent, mais ne saurait être titularisé dans un grade d'un corps hiérarchiquement organisé » (133).

Mais certains auteurs envisagent toujours la catégorie des fonctionnaires contractuels, donnant à cette catégorie une plus ou moins grande étendue, selon la définition qu'ils adoptent.

46. — Pour M. de Soto (134), cette catégorie comprend tous « ceux qui entrent par contrat au service d'une collectivité publique pour occuper, dans les cadres ou à l'extérieur des cadres (135) des services publics en régie, une fonction sinon permanente, tout au moins relativement durable ».

47. — M. de Laubadère adopte une conception plus restrictive pour tenir compte des exigences posées par la jurisprudence pour l'octroi de la qualité de fonctionnaire, de telle sorte que tout individu lié à l'Administration par un contrat administratif de services personnels n'est pas nécessairement un fonctionnaire contractuel. Encore faut-il que cet individu occupe d'une façon permanente un emploi lui-même permanent, la permanence de la collaboration ne suffisant pas à elle-même à conférer la qualité de fonctionnaire. M. de Laubadère distingue donc les fonctionnaires contractuels des

(130) Cf. *infra*, n° 134.

(131) Voir en ce sens WALINE, note sous C.E., 4 avril 1952, Fockeu, R.D.P. 1953.469. ROLLAND, *Cours*, 1946-47, p. 263. Même avant l'application du statut de 1946, certains auteurs considéraient déjà que l'expression de « fonctionnaire contractuel » était une source d'équivoque qu'il fallait « chasser du droit administratif pour la remplacer par celle d'agents contractuels » (BRIMO, R.D.P. 1944.107).

(132) Cf. *supra*, n° 32.

(133) Commentaire GAZIER, D. 1947, L. 179.

(134) Article précité dans les *Mélanges Mestre*, p. 493.

(135) L'appartenance à un cadre semble cependant être exigée par la jurisprudence pour l'octroi de la qualité de fonctionnaire. Cf. *a contrario* C.E., Thouvenel, 10 février 1950, *Rec.*, p. 94 : un individu qui ne fait pas partie des cadres de l'Administration doit cependant être regardé comme ayant avec l'Etat un lien administratif qui le met au nombre des agents des administrations publiques. C'est donc un agent public mais non un fonctionnaire.

individus non fonctionnaires, liés par un lien permanent de droit public à l'Administration (136).

48. — Pour notre part, nous estimons que depuis la loi de 1946, il n'y a plus de fonctionnaires contractuels mais uniquement des agents contractuels. La jurisprudence d'ailleurs n'emploie plus l'expression « fonctionnaires contractuels » mais parle des « agents liés à l'Etat par un contrat de droit public » (137).

49. — Si, de tout temps, il a été admis que l'Administration pouvait recruter des agents dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire par le moyen d'un contrat de louage de services de droit privé parce que certains emplois à pourvoir sont par leur nature analogues aux emplois privés, par contre le recrutement d'agents liés à l'Administration par un lien contractuel de droit public a toujours été considéré comme une exception tant par le législateur que par la jurisprudence. M. Brimo (138) note que c'est avec regret que le législateur accueille cette exception et il fait ressortir l'esprit de défaveur qui a animé à partir de 1936 toute la législation relative aux « fonctionnaires contractuels » (139). Mais quelle que soit l'importance des restrictions imposées à ce mode exceptionnel de recrutement, l'auteur conclut que sa constance démontre qu'il répond à des nécessités permanentes impérieuses. L'Administration a traditionnellement fait appel, dans quelques cas exceptionnels, au concours de personnes ayant une formation ou une expérience professionnelle différente de celles des agents normalement reçus dans les cadres. Ce recrutement se justifiait soit par des nécessités de personnes (140), soit par des nécessités de lieu, par suite de la particularité locale de certaines fonctions, soit par des nécessités de temps, en raison de l'incertitude sur la viabilité du service (141). En même temps que la généralisation du recrutement d'agents contractuels liés à l'Etat par un lien de droit public, dans les services du ministère

(136) De LAUBADÈRE, *Contrats administrat.*, T. I, pp. 124 et suiv., n° 96 et suiv.

(137) C.E. 8 décembre 1948, Demoiselle Pasteau, R.D.P. 1949, p. 75. M. de LAUBADÈRE cite pourtant cet arrêt à l'appui de sa conception des « fonctionnaires contractuels » (cf. *Traité de droit adm.*, 1^{re} éd., n° 1268 ; WEIL, BRAIBANT, LONG, *Grand arrêts*, p. 153).

(138) BRIMO, *Le Fonctionnaire contractuel*, R.D.P. 1944, pp. 107 et suiv.

(139) Une telle catégorie existait, en effet, avant le statut de 1946.

(140) M. BRIMO cite à ce sujet un des premiers arrêts rendus en la matière par le Conseil d'Etat : il s'agissait de l'inventeur d'un chiffre original qui avait été recruté par contrat par le ministère des Affaires étrangères pour occuper, car il en était le seul capable, le poste de chef de bureau du Chiffre au ministère, poste qui avait été créé pour lui (C.E., 24 janvier 1845, Henrichs, *Rec.*, p. 65). Par ailleurs, autrefois, les spécialistes de la recherche scientifique étaient appelés pendant une certaine période à travailler dans les laboratoires de l'Etat (GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 83).

(141) M. BRIMO cite à ce sujet le cas des chemins de fer coloniaux en voie de construction qui a donné lieu à la jurisprudence du Conseil d'Etat du 26 janvier 1923 de Robert Lafreygère (*Rec.*, p. 67).

de l'Armement en 1939 et les services économiques et techniques créés durant l'occupation ou au lendemain de la Libération, on constate que peu à peu l'objet de l'institution, ici aussi, s'est modifié (142).

50. — M. Grégoire (143) note qu'au lieu de permettre l'utilisation par les services publics de personnes recrutées *intuitu personae*, le procédé du recrutement contractuel est devenu un moyen de mieux rémunérer certains groupes d'agents temporaires. Grâce à ce que l'auteur appelle une « fiction juridique du contrat », les intéressés pouvaient bénéficier dès leur entrée en service d'une rémunération très supérieure à celle d'un débutant. Ils pouvaient même échapper en grande partie au blocage des traitements en vigueur à l'époque. Le ministère des Finances, tout en acceptant ces entorses aux règles traditionnelles entendit limiter les abus en déterminant par ministère des catégories de contractuels comportant un effectif maximum et des limites de traitement. Ainsi apparut la notion « d'emploi de contractuel » et de ce fait la conception traditionnelle de l'agent recruté sur contrat pour des nécessités exceptionnelles, se trouvait radicalement transformée. M. Grégoire décrivant le malaise résultant de l'abus de ce qu'il appelle les pseudo-contacts cite le cas des fonctionnaires appartenant aux cadres permanents qui demandaient leur détachement dans un emploi de contractuel dans la même administration à seule fin d'obtenir une rémunération plus forte. Ces abus expliquent les efforts qui ont été tentés ces dernières années pour revenir à une conception plus saine de l'institution et de nombreuses catégories de « contractuels » ont été transformées en « temporaires » (144).

Il faut définir maintenant le critère de distinction entre les agents contractuels de droit public et les agents contractuels de droit privé (145).

(142) Sur l'évolution et la finalité des institutions juridiques, voir R. PERROT. *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, 1953, pp. 76 et suiv.

(143) GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 83.

(144) M. GRÉGOIRE estime que l'on ne devrait maintenir sous contrat qu'un petit nombre d'agents appelés à exécuter des tâches très particulières pour lesquelles l'Etat ne dispose pas dans ses cadres des spécialistes indispensables. Ainsi, il y aurait possibilité d'établir de véritables accords de louage de services, limités dans le temps et dont les clauses pourraient être adaptées aux situations individuelles.

(145) Sur le critère de l'agent contractuel de droit public en service d'une organisation internationale, voir Cour de Justice de la C.E.C.A., affaire n° 1/55, Kergall c. Assemblée commune, *Rec. de Jurisprudence de la Cour*, vol. II, p. 23. Dans cette affaire, la Cour a considéré que le contrat liant le requérant constituait un contrat de droit public s'agissant d'un contrat « concernant l'entrée en service auprès d'une autorité publique, service dans lequel le requérant était appelé à exercer des fonctions de droit public et le contrat renvoyant à un règlement intérieur établi par cette autorité ». Un engagement provisoire n'est pas incompatible avec la qualité de fonctionnaire public.

Pour distinguer les deux catégories d'agents contractuels la jurisprudence s'est toujours attachée à la nature des « fonctions » exercées (146).

A. — LES AGENTS DES SERVICES PUBLICS ADMINISTRATIFS (147).

51. — S'agissant des services publics administratifs, le commissaire du Gouvernement Chardeau a ainsi résumé la jurisprudence : « la qualité d'agent de droit public ou de droit privé est déterminée en fonction de la nature des clauses du contrat, sauf si l'agent, en raison de l'importance des fonctions qui lui sont confiées, apparaît nécessairement attaché au service par un lien de droit public » (148). En fait, le critère se dédouble. Tout d'abord, il y a lieu de prendre en considération la nature des fonctions, celles-ci s'opposant ou ne s'opposant pas à l'existence d'un contrat de droit privé (149). Puis, dans la mesure où certaines fonctions n'excluent pas par elles-mêmes l'application d'un statut de droit privé, il y a lieu de se reporter aux clauses du contrat (150). Ainsi, le caractère du contrat de louage de services est déterminé au terme de l'analyse de ses clauses

(146) Le critère déjà affirmé par le Conseil d'Etat en 1923 (C.E., 26 janvier 1923, de Robert Lafreygère, R.D.P. 1923, p. 250), à propos des services publics industriels et commerciaux et étendu aux services publics administratifs (T.C., 15 janvier 1938, Eric de Mare, *Rec.*, p. 1001) n'a guère évolué depuis. Cependant, certains auteurs soutiennent qu'à un moment, la jurisprudence administrative outre la nature de l'emploi, envisageait des éléments de statut administratif (conditions de nomination, de cessation de fonctions, régime de la discipline ou des retraites) pour reconnaître la qualité d'agent public, mais la jurisprudence citée à l'appui de cette thèse (C.E., 2 février 1945, Dame Derrien, *Rec.*, p. 340 ; 31 juillet 1948, Boulic, *Rec.*, p. 376 ; 10 février 1950, Thouvenel, *Rec.*, p. 94) ne nous paraît pas suffisamment explicite en ce sens. Dans un cas, elle considère que les agents en cause étaient des agents d'exécution et dans ce cas le fait que leur statut était entièrement régi par la législation n'apportait rien de plus (Boulic). Dans un autre cas, le titulaire de l'emploi de médecin des prisons a été considéré comme un agent public du fait de sa soumission au décret du 19 janvier 1923 réglementant le régime intérieur et l'organisation du travail dans les prisons et de sa nomination par le ministre sur proposition du préfet, en application de l'article 91 du décret du 29 juin 1923 (Thouvenel). Voir sur ce point, GAZIER et LONG, *Actualité juridique : La Jurisprudence du Conseil d'Etat* en 1954, n° 10, p. 17.

(147) Nous verrons ultérieurement, s'agissant des services publics à caractère industriel et commercial, que seuls le titulaire du plus haut emploi et l'agent comptable sont des agents publics.

(148) Concl. CHARDEAU dans C.E., 4 juin 1954, Vingtain et Affortit, *Rec.*, p. 342. Voir également concl. DUTHEILLET DE LAMOTHE, dans C.E., 3 janvier 1958, Levrat, D. 1958.99 et A. BERNARD, dans C.E., 21 mars 1958, Salin, R.D.P. 1959, p. 122.

(149) C.E., 8 décembre 1948, Demoiselle Pasteau, R.D.P. 1949, p. 75. 4 novembre 1955, Depeche, R.P.D.A. 1955.244. 20 janvier 1956, Dombret, R.D.P. 1956.586 et 676. 27 janvier 1956, Veber, R.D.P. 1956.586. Thibault, 13 février 1957, R.P.D.A. 1957, n° 93, p. 48. C.E., Pichot et Allin, 26 juin 1957, R.P.D.A. 1957, p. 132.

(150) C.E., 23 décembre 1955, Dame de Fresquet, A.J. 1956, n° 32, p. 44 et R.D.P. 1956, p. 587.

sauf lorsque le contrat est relatif à des fonctions qui par leur nature, postulent l'existence d'un régime de droit public ; auquel cas le contrat est administratif à raison de son objet (151). Encore faudrait-il que la jurisprudence précise la nature des fonctions qui sont exclusives d'un contrat de droit privé. Or, en dépit des critiques de la doctrine devant le caractère trop sybillin de la motivation (152) des arrêts rendus, la jurisprudence continue à qualifier d'agent public « eu égard à la nature des fonctions exercées par le requérant » (153) sans apporter de plus amples précisions, ce qui rend d'autant plus malaisée la tâche des tribunaux administratifs de première instance qui ont hérité du Conseil d'Etat la plus grande partie du contentieux relatif à la situation des agents. La conception que se fait le Conseil d'Etat de son rôle de « Cour régulatrice » est sans doute différente de celle que voudrait voir prévaloir la doctrine (154). Tout en reconnaissant que la jurisprudence n'était pas absolument cohérente, le commissaire du Gouvernement Chardeau (155) a constaté que les décisions les plus récentes du Conseil d'Etat attachaient nécessairement la qualité d'agent de droit public à deux catégories de fonctions : d'une part, celles qualifiées de direction dans un sens large (156) et, d'autre part, celles comportant l'exercice de prérogatives à l'égard des particuliers, notamment une mission d'inspection ou de contrôle.

52. — Lorsque l'agent n'occupe pas un emploi de direction, le juge examine alors les éléments du statut et ne se déclare compétent, c'est-à-dire ne reconnaît la qualité d'agent de droit public, que si le statut comporte des éléments administratifs dérogatoires au droit commun, autrement dit, si le contrat qui lie l'agent au service contient des clauses exorbitantes du droit commun. Peuvent constituer de telles clauses, les clauses relatives aux conditions de recrutement et de licenciement, aux modes de rémunération, celles qui d'une manière générale assujettissent l'agent considéré à des règles de surveillance, un régime disciplinaire, des interdictions ou des restrictions de libertés dérogeant au droit commun, c'est-à-dire à la condition des salariés du droit privé. Mais M. de Laubadère (157) reconnaît que chacun de ces éléments pris isolément, n'a pas

(151) CHAPUS, *op. cit.*, 2^e éd., p. 560.

(152) PEQUIGNOT, R.D.P. 1948.593.

(153) C.E., 22 décembre 1954, Giacalone, A.J. avril 1955, p. 162.

(154) RIVERO, Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice, *Chronique au Dalloz*, 1954, p. 157.

(155) Cf. conclusions précitées et jurisprudence citée.

(156) M. CHARDEAU constatait que cette notion était entendue dans un sens plus large que celle appliquée aux services publics, industriels et commerciaux. Mais depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, déjà cité, cette notion a été abandonnée en ce qui concerne ces services et remplacée par celle du « plus haut emploi » (cf. *infra*, n° 66).

(157) DE LAUBADÈRE, *Contrats administratifs*, T. I, n° 96 et suiv., pp. 124 et suiv.

de valeur absolue et peut être contredit par l'ensemble des autres clauses du contrat, de telle sorte qu'il est plus exact de dire que le juge s'attache au « faisceau constitué par cet ensemble de clauses » plutôt qu'à l'une ou l'autre d'entre elles exclusivement.

53. — Si nous admettons avec M. de Laubadère que le contrat de prestation de services personnels est donc un contrat administratif comme « créant un lien administratif, soit lorsqu'il contient des clauses exorbitantes, soit lorsqu'il porte sur un emploi entraînant par lui-même le régime de droit public » nous ne croyons pas qu'il existe une troisième catégorie de contrats créant un lien administratif, qui engloberait ceux qui établissent une participation permanente du cocontractant au service public (158). L'auteur déclare que le critère tiré de la permanence de la participation de l'agent au service public est « très fréquemment utilisé », mais la jurisprudence citée à l'appui de cette thèse nous paraît ancienne et contredite dans une certaine mesure par les affirmations du commissaire du Gouvernement Chardeau (159), qui souligne que la plupart des contrats ont un caractère assez précaire de telle sorte que le caractère permanent ou temporaire de la collaboration ou de la participation de l'agent contractuel au service ne peut être considéré comme déterminant. M. Chapus estime que ce caractère est sans incidence sur la nature de l'emploi. Il écrit : « Il s'agit d'un des éléments, mais nullement déterminant, qui servira à déterminer la nature de l'emploi » (160).

54. — La thèse de M. de Soto que nous avons critiquée en ce qu'elle admet encore la notion de « fonctionnaire contractuel », est particulièrement intéressante par contre, s'agissant de sa présentation des critères de l'agent contractuel de droit public. Pour M. de Soto, un tel critère réside dans la preuve de la volonté commune des parties de soumettre leurs rapports contractuels à un régime juridique différent du droit commun des contrats composé à la fois des règles des contrats administratifs et de l'essentiel des règles de la fonction publique. Cette preuve se trouverait soit dans la « volonté exprimée des parties » qui se traduirait par des clauses exorbitantes du droit commun, soit par la « volonté raisonnablement présumée des parties », qui se déduirait, selon l'auteur, de la nature des fonctions occupées ou de la façon permanente dont sont assumées ces fonctions.

55. — Dans son étude consacrée à la notion de clause exorbitante (*Mél. Mestre*, p. 527 et s.), M. Vedel estime, pour sa part, que la

(158) De LAUBADÈRE, *op. cit.*, n° 97, p. 126.

(159) Conclusions précitées, *Rec.*, pp. 343-344.

(160) CHAPUS, *op. cit.*, 2^e éd., p. 564. Voir *contra* : PEQUIGNOT, *Jurisclasseurs administratifs*, fasc. 500, n° 161. Voir dans le même sens, concl. M. BERNARD, citées *infra*, note 175.

présence de clauses exorbitantes n'est jamais absente d'un contrat de louage de services de droit public (n° 12 *in fine*). En effet, dans un contrat de louage de services, la nature de l'emploi qu'occupera le cocontractant de l'Administration constitue la clause essentielle de la convention. C'est par un jeu de l'esprit que l'on distinguerait d'une part la fonction qui sera occupée, d'autre part les clauses du contrat. De telle sorte que, envisagée, comme une des clauses du contrat, et la plus importante, celle qui a trait à l'emploi occupé est exorbitante du droit commun dès lors qu'elle aboutit à confier à la personne engagée une fonction qui n'a pas son équivalent dans la vie privée et qui implique d'ailleurs nécessairement des sujétions particulières. Ainsi pour M. Vedel, sous les diverses formules employées, celle de la « participation permanente à l'exécution d'un service public », ou celle de la « nature de l'emploi occupé », la jurisprudence relative au louage de services illustre un cas particulier dans la théorie générale des contrats de la mise en œuvre de la notion de clause exorbitante. Ce cas particulier est constitué par l'hypothèse où la clause exorbitante est relative à l'engagement pris par un individu de remplir une fonction qui diffère par sa nature et par les obligations qu'elle implique, des emplois du droit privé. M. Vedel estime que la même explication est valable pour la jurisprudence de l'arrêt époux Bertin (161) : la détermination de l'objet du contrat est elle-même une clause du contrat et lorsqu'un tel objet porte sur l'exécution même du service public, la clause est exorbitante du droit commun.

56. — Lorsque nous examinerons la nature juridique du lien qui unit l'agent public à la collectivité, nous aurons l'occasion d'étudier la nature juridique exacte du lien contractuel de droit public. Nous verrons alors le caractère hybride de l'institution qui place l'agent contractuel de droit public à mi-chemin entre le fonctionnaire, qui se trouve dans une situation légale et réglementaire, et l'agent recruté dans les conditions du droit commun, par un contrat de louage de services du droit privé. En réalité, la situation de l'agent contractuel de droit public n'est jamais entièrement contractuelle. Elle est, en réalité, mixte, comprenant à côté des clauses contractuelles, des dispositions statutaires. C'est ce caractère mixte du lien contractuel de droit public qui permet de considérer l'engagement volontaire militaire comme un contrat de droit public. Dans le cadre de l'étude de la nature du contrat de droit public, nous aurons ainsi à prendre position sur la controverse qui s'est élevée en doctrine sur la nature juridique de l'engagement militaire. Disons dès à présent, qu'à notre avis, l'engagement militaire crée un lien contractuel de droit public entre le militaire et l'Etat.

(161) C.E., 20 avril 1956, Epoux Bertin, R.D.P. 1957, p. 101, note WALINE. Voir *infra*.

57. — De telle sorte qu'à l'heure actuelle, on peut distinguer cinq grands groupes d'agents contractuels de droit public (162) : les agents contractuels des services administratifs des territoires d'outre-mer (le recrutement s'expliquant essentiellement parce qu'il s'agit très souvent d'une administration variée et variable), les militaires servant sous contrat, les agents contractuels des services interventionnistes ou dirigistes, les agents contractuels techniciens et les agents « contractuels de guerre » (recrutés soit pour remplacer provisoirement des fonctionnaires mobilisés, soit pour assurer le fonctionnement des services dont les circonstances ont nécessité la création) (163).

Certaines idées émises par des commissaires du Gouvernement dans leurs conclusions et qui ont trouvé un écho dans les décisions rendues par le Conseil d'Etat laissent à penser que la catégorie des agents contractuels de droit public va sensiblement s'accroître dans certains services. Tandis que, par ailleurs, certain texte de loi, compte tenu de l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence, va vraisemblablement entraîner un amenuisement de cette catégorie dans d'autres services.

58. — Pour la première hypothèse, nous mentionnerons une fois encore les conclusions du commissaire du Gouvernement Chardeau, dans l'affaire Vingtain et Affortit. Devant les inconvénients résultant de l'impossibilité de connaître, dans de nombreux cas, la qualité d'agent de droit public ou de droit privé, avant que la juridiction administrative, saisie du litige, n'ait examiné la nature des fonctions et éventuellement des clauses du contrat, M. Chardeau envisageait l'unification éventuelle de la catégorie des agents contractuels et la soumission de tous les contractuels soit au droit public, soit au droit privé. Examinant tour à tour les avantages et les inconvénients de chacune de ces hypothèses, il notait en faveur de la soumission au droit privé la tendance générale de l'Etat à se placer de plus en plus largement sur le même plan qu'un patron de droit privé, tendance qui se manifeste dans les entreprises publiques et les services publics industriels et commerciaux. « On peut dire, a déclaré le commissaire du Gouvernement, que du moment qu'un service administratif de l'Etat recrute certains agents par voie contractuelle, sans avoir recours aux modes spéciaux prévus par le statut de la fonction publique, c'est qu'il entend renoncer à se prévaloir des

(162) A la classification proposée par M. de Soto (art. précité dans les *Mélanges Mestre*), nous ajoutons ainsi les militaires.

(163) Il y a lieu de signaler pour mémoire les agents auxiliaires au sujet desquels, dans la mesure où leur situation demeure dans certains cas encore contractuelle, la jurisprudence décide qu'il peut s'agir, en application des critères généraux, soit d'un contrat administratif (C.E., 9 juin 1948, Cousin, *Rec.*, p. 254 ; C.E., 13 février 1957, Thibault, R.P.D.A. 1957, p. 48 ; C.E., 5 juillet 1957, Aknin, *Rec.*, p. 448), soit d'un contrat de droit commun (C.E., 25 juillet 1952, Dame Broquet, S. 1952.3.117).

règles spéciales du droit public et demeurer sur le terrain du droit commun. » Mais, M. Chardeau voyait immédiatement les inconvénients d'une telle solution, car certaines fonctions particulièrement importantes ne peuvent être assimilées à de simples emplois privés. Il apparaît nécessaire de conserver un secteur soumis aux droits et obligations de la fonction publique, et sur lequel le juge de l'excès de pouvoir conserve son contrôle. De telle sorte que M. Chardeau envisageait la soumission de l'ensemble des agents contractuels à l'application des règles du droit public, dès lors que l'on mettait l'accent sur la qualité de l'employeur. Toute personne employée par un service administratif aurait ainsi automatiquement la qualité d'agent de droit public. Mais des nécessités pratiques, notamment celle d'éviter l'encombrement du prétoire des tribunaux administratifs, s'opposent immédiatement à l'adoption d'une telle solution qui ne se justifierait d'ailleurs pas non plus sur le plan de la théorie juridique. Car, on ne voit pas pour quelles raisons certains agents qui occupent des emplois analogues à ceux qu'ils occuperaient au service d'une personne privée, se trouveraient soumis à certaines règles exorbitantes du droit commun, du seul fait qu'ils sont au service d'une personne publique, d'autant plus que souvent la personne publique gère certains de ses services comme le ferait une personne privée.

Ainsi, une distinction s'avère indispensable sur le plan de la théorie juridique entre les divers agents contractuels. Devant une telle nécessité, M. Chardeau proposait du moins un réaménagement du critère de distinction et mettait en avant l'idée de « collaboration au fonctionnement d'un service public ». Dès lors relèveraient du droit public, tous les agents, quelles que soient les clauses de leur contrat, qui ont pour mission d'assurer le fonctionnement du service public administratif dont ils font partie, qui collaborent au but poursuivi par ce service. Ne relèveraient du droit privé que les contractuels engagés pour des tâches qui ne sont que l'accessoire, l'annexe de la mission du service public, c'est-à-dire pratiquement le petit personnel d'exécution : ouvriers, femmes de service, collaborateurs occasionnels payés à l'heure ou à la journée. L'intérêt de cet élargissement de la compétence administrative résiderait dans une attribution de compétence au juge de l'excès de pouvoir au regard d'une catégorie d'agents non soumis au régime des conventions collectives (décret du 1^{er} juin 1950) et qui, de ce fait, jusqu'à l'intervention de la loi du 26 juillet 1957, ne bénéficiaient pas des procédures de conciliation et de médiation.

59. — On peut se demander si, dans une certaine mesure, une jurisprudence récente du Conseil d'Etat liée à un changement d'attitude de la Haute Juridiction administrative tendant à redonner de l'importance à la notion de service public, en grande partie sur l'initiative du commissaire du Gouvernement Long, n'a pas pris à son compte, sinon explicitement, du moins implicitement, les sug-

gestions de M. Chardeau. D'après l'arrêt du Conseil d'Etat en date du 11 mai 1956 (époux Bertin) (164), « dès lors qu'un contrat a été conclu par l'Administration pour confier à un particulier l'exécution même d'un service public, cette circonstance suffit à elle seule à imprimer au contrat dont s'agit le caractère d'un contrat administratif sans qu'il soit besoin de rechercher si ledit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun ». L'arrêt du 11 mai 1956 (Société Française de Transports Gondrand Frères) (165) vient compléter ce principe en stipulant que « en toute autre hypothèse, c'est-à-dire dans tous les cas où, tout en étant utiles à l'exécution du service public, les obligations du contractant ne constituent cependant pas cette exécution, il demeure nécessaire de rechercher la présence dans le contrat de clauses exorbitantes du droit commun » (166). Certains auteurs opposent ainsi « l'exécution directe du service public » qui emporte à elle seule la compétence des juridictions administratives à la simple collaboration au fonctionnement du service public qui exige pour entraîner une telle compétence l'insertion de clauses exorbitantes du droit commun (167).

Les expressions de M. Chardeau et celles de la jurisprudence ne sont pas identiques ; d'ailleurs, celle-ci n'est pas intervenue en matière de contrat de louage de services. Mais il semble que l'idée soit la même. Lorsque parlant de la « collaboration au fonctionnement d'un service public », M. Chardeau entendait soumettre au droit public, tous les agents, quelles que soient les clauses de leur contrat, qui ont pour mission d'assurer le fonctionnement du service public dont ils font partie, qui collaborent au but poursuivi par ce service, n'envisageait-il pas les agents auxquels a été confiée, par suite de la nature de leurs fonctions, « l'exécution même d'un service » (formule de l'arrêt Bertin). Et s'agissant des « contractuels engagés pour des tâches qui ne sont que l'accessoire, l'annexe de la mission du service public » (formule de M. Chardeau), ne s'agirait-il pas des agents qui, bien qu'étant « utiles à la satisfaction des besoins d'un service public », ne sont pas chargés de l'exécution même de ce service public (formule de l'arrêt Gondrand) ?

60. — Il n'a pas fallu attendre très longtemps pour que, dans le cadre de sa nouvelle conception du rôle de la notion de service public, le Conseil d'Etat applique implicitement d'abord, puis explicitement, aux contrats de louage de services le nouveau critère jurisprudentiel des contrats administratifs, contenu en germe dans les conclusions de M. Chardeau. Et cependant, s'agissant des agents liés à l'Administration par un lien contractuel, une certaine réserve

(164) C.E., 11 mai 1956, Epoux Bertin, D. 1956.433 avec une note de M. de LAUBADÈRE, R.D.P. 1957, p. 101 avec une note de M. WALINE.

(165) Mêmes références que l'arrêt Bertin.

(166) Note de M. WALINE précitée.

(167) BLAEVOET, Contentieux des Etablissements publics industriels et commerciaux, R.D.P. 1957, p. 14.

de la jurisprudence administrative aurait paru souhaitable pour éviter l'encombrement du prétoire des tribunaux administratifs par des litiges intéressant des agents dont les fonctions ne sont pas radicalement différentes de celles occupées par des salariés privés. M. Waline avait, au lendemain des arrêts Bertin et Gondrand, émis le souhait que l'on ne se borne pas à relever qu'un contrat a eu pour but final d'aider l'Administration à assurer un service public (168). Il n'apparaît pas à la lumière de la jurisprudence récente que cet appel ait été entendu.

Il n'était pourtant pas souhaitable, ni justifié, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique, de considérer de la même manière tous les agents qui, liés à l'Administration par un lien contractuel, l'aident à assurer un service public, d'où la nécessité de trouver un rigoureux critère de distinction.

61. — Il semble cependant que le Conseil d'Etat, dans son effort de « remise en ordre » de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions, se soit montré sensible à l'invitation qui lui a été faite par le commissaire du Gouvernement Tricot de manifester « une rigueur même un peu brutale et simpliste », cette attitude étant « préférable à trop de nuances ». Faisant allusion à l'effort de simplification réalisé en matière de compétence relative au personnel des services publics, industriels et commerciaux, dont l'arrêt Jalenques de Labeau est une des manifestations, M. Tricot a estimé que « dans le domaine des services administratifs, il semble nécessaire d'affirmer que tout agent contractuel qui collabore au service autrement que de façon occasionnelle est, sauf disposition contraire des lois et règlements, lié à l'Administration par un contrat de droit public ». Et le commissaire du Gouvernement poursuit par cette affirmation des plus contestables malgré le louable effort de simplification dont elle témoigne : « Des exceptions pourraient être faites, et encore n'en voyons-nous guère la nécessité, que pour des personnels très subalternes. »

Rappelant alors la jurisprudence époux Bertin, le commissaire du Gouvernement conclut que la notion de service public devenant l'élément déterminant pour donner une qualification de droit public, à des contrats étrangers aux questions de personnel, il doit en être de même à plus forte raison quand il s'agit de contrats par lesquels des agents deviennent des éléments du service public pris au sens organique du terme. Sans expliquer sa décision sur ce point, le Conseil d'Etat a reconnu, conformément aux conclusions de son commissaire du Gouvernement, sa compétence pour connaître d'un litige relatif à un speaker de la R.T.F. (169). Une telle attitude manifestait un revirement par rapport à la jurisprudence antérieure

(168) Note de M. WALINE précitée à la R.D.P. 1957, p. 105.

(169) C.E., 5 juillet 1957, Evrard, concl. TRICOT, *Rec.*, p. 446.

qui considérerait comme soumis aux règles de droit privé les agents contractuels de la R.T.F.

Dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat a retenu explicitement cette fois la participation directe à un service public administratif comme critère, pour qualifier un contrat, de contrat de droit public. Ayant à examiner une requête concernant un traducteur chef de section au groupement des contrôles radio-électriques, le Conseil d'Etat, après avoir considéré ledit groupement comme un service administratif, en a conclu qu'« eu égard à la nature des fonctions exercées qui comportaient sa participation directe audit service, le requérant doit être considéré comme placé dans une situation contractuelle de droit public » (170). La jurisprudence époux Bertin trouverait ainsi application en matière de louage de services. Ne seront considérés comme agents contractuels de droit privé que les agents engagés pour des tâches autres que « l'exécution même du service » (171), tandis que sera lié par un contrat de droit public l'agent qui « participe directement à l'exécution même du service public » sans qu'il y ait lieu de s'attacher au mode de rémunération et à l'absence de clause exorbitante du droit commun. Cette solution vient d'être consacrée par le Tribunal des Conflits (172). On aboutit ainsi à un « gonflement » certain de la catégorie des agents contractuels de droit public (173). Solution qui n'apparaît pas pleinement satisfaisante, car on ne voit pas pour quelles raisons, par exemple, un speaker de la R.T.F. devrait être soumis à un ensemble de règles différentes, du moins du point de vue des sources, de celles auxquelles sont soumis les speakers d'un poste périphérique. A cet égard la jurisprudence du Conseil d'Etat est loin d'être satisfaisante. Il nous apparaît insuffisant de constater qu'une concierge journalière d'école primaire participe de façon permanente à l'exécution d'un service municipal pour y voir un agent administratif de la commune (174). Un arrêt récent du Conseil d'Etat consacre un dangereux élargissement de la compétence administrative qui risque d'aboutir à l'unification de la compétence en matière de contrat de louage de services au profit de la juridiction administrative, alors que cette solution n'apparaît nullement justifiée. Le Conseil d'Etat a qualifié d'agent public un concierge d'un office d'H.L.M. en considérant que « chargé d'assurer la surveillance d'un

(170) C.E., 2 novembre 1957, Sieur Bertault, *Rec.*, p. 575. Voir également C.E., 18 décembre 1957, Damiansky, A.J. 1958.II.181.

(171) Voir en ce sens concl. KAHN dans C.E., 11 octobre 1957, Commune de Grigny, R.D.P. 1958, p. 309.

(172) T.C., 13 janvier 1958, Chardon, R.D.P. 1958, p. 330, note BLAEVOET, D. 1958.412.

(173) La Cour de cassation, pour sa part, exige que le contractant soit mêlé au fonctionnement du service public ou que le contrat contienne des clauses exorbitantes (Cass. soc., 15 novembre 1957, D.S. 1958, p. 29. Cass. civ., 9 janvier 1958, A.J. 1958.II.182).

(174) C.E., 20 février 1959, Dame Maiza Khelidja.

groupe d'immeubles, cet agent exerçait, en cette qualité, des attributions qui, par leur nature, le faisaient participer directement au fonctionnement du service public géré par l'office dont il était l'employé » (175). Selon le commissaire du Gouvernement Michel Bernard, la mission des offices d'H.L.M. consistant d'après la loi dans l'aménagement, la construction et la gestion d'immeubles salubres, le concierge participant à la gestion de l'immeuble et contribuant à le maintenir en état de salubrité, serait bien associé à la gestion du service public. Ces fonctions correspondant à l'objet même du service, il serait normal de lui reconnaître la qualité d'agent public. Le commissaire du Gouvernement a insisté sur la relative importance du rôle d'un concierge d'un groupe d'immeubles, sur les prérogatives qui lui étaient reconnues et sur les véritables pouvoirs qu'il exerçait à l'encontre des locataires. S'il est vrai, comme le soulignent les annotateurs de l'arrêt, que ces pouvoirs et prérogatives ont toujours fait du concierge français un sujet d'étonnement pour les habitants de beaucoup de pays étrangers, nous ne voyons pas quelle différence existe entre le concierge d'un groupe d'immeubles d'un office d'H.L.M. et celui d'un groupe d'immeubles construits par une société civile immobilière. Nous ne saurions donc nous satisfaire de la remarque faite par les annotateurs, membres du Conseil d'Etat d'ailleurs, selon laquelle, sous peine de tomber dans un byzantinisme, on sera conduit le plus souvent à admettre la compétence administrative. L'attribution de la qualité d'agent public qui entraîne la compétence de la juridiction administrative ne doit pas être dictée par la facilité mais doit être justifiée par l'exercice de fonctions différentes de celles exercées par un salarié privé.

62. — Si dans certains services, la catégorie des agents contractuels de droit public va ainsi s'accroître, dans d'autres, elle va en s'amenuisant.

Ainsi, s'agissant des agents contractuels en service dans les territoires d'outre-mer et les territoires associés (176), une évolution s'était amorcée avant le 28 septembre 1958 qui doit entraîner vraisemblablement, à plus ou moins brève échéance, la disparition des agents contractuels de droit public en service outre-mer (177). L'initiative en revient au législateur. La loi du 15 décembre 1952, instituant le Code du travail dans les territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer, stipule dans son article 5 : « Est considérée comme travailleur au sens de la présente loi, toute personne

(175) C.E., 20 mars 1959, Lauthier, A.J. 1959.I.68, chronique de jurisprudence administrative de MM. COMBARNOUS et GALABERT ; R.D.P. 1959, p. 770, concl. M. BERNARD.

(176) Cf. article de M. de Soro, précité. Voir également note GONIDEC sous T.C., 25 mars 1957, Gagliardi, S. 1957, p. 398. Voir aussi GONIDEC et KIRSCH, *Droit du travail dans les territoires d'outre-mer*, 1958, pp. 63 et suiv.

(177) L'évolution des structures juridiques et politiques outre-mer ne fera qu'accélérer le mouvement.

qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne publique ou privée. Les personnes nommées dans un emploi permanent d'un cadre d'une Administration publique ne sont pas soumises aux dispositions de la présente loi. » Cette loi dans ses articles 179 et suivants attribue compétence, en matière de litiges relatifs à la condition juridique desdits « travailleurs », à des tribunaux du travail, en première instance et à la justice de paix à compétence étendue ou au tribunal de première instance, en appel (179). Selon M. de Soto, deux interprétations de l'article 5 précité sont possibles. Ou bien l'existence d'un cadre détermine la compétence (180), ou seuls les vrais fonctionnaires titulaires échappent à la compétence des tribunaux du travail dont relèveraient par contre les agents contractuels. Or, comme le fait remarquer M. de Soto, l'option est lourde de conséquences, car les juges des tribunaux du travail mal informés du droit de la fonction publique et du droit administratif en général feront application du seul droit privé, ce qui amènera, à plus ou moins brève échéance, la disparition des agents contractuels de droit public en service outre-mer. M. de Soto ne manque pas de souligner les inconvénients d'une telle solution. D'une part, le droit applicable se trouvera différent selon que les agents seront en service en métropole ou outre-mer. D'autre part, l'Administration risque de se trouver gênée pour déplacer ses services alors que le juge administratif essayait précisément de tenir compte des prérogatives nécessaires de l'Administration, d'une part, et du respect des intérêts pécuniaires des cocontractants, d'autre part.

Or, aussi bien le Tribunal des conflits que le Conseil d'Etat, celui-ci cependant avec quelques nuances, ont adopté une interprétation extensive de l'article 5 de la loi du 15 décembre 1952 (181).

Reprenant les termes d'un précédent arrêt du 28 mars 1955 (Etat

(179) Selon M. GONIDEC, la rédaction de cette loi serait défectueuse, car il ne saurait être question de contrat de travail de droit public comme le libellé de l'article 180 le laisserait penser, à la lumière de l'interprétation donnée par la jurisprudence de la loi du 15 décembre 1952.

(180) Toutes les fois que l'Administration a donné une structure permanente à un service avec une classification des emplois et des compétences correspondantes, les agents placés dans un emploi permanent de ce cadre, fût-ce en vertu d'un contrat, relèveraient des tribunaux administratifs. Le libellé de l'article 5 ne s'oppose d'ailleurs pas à une telle interprétation puisqu'il vise les « personnes nommées dans un emploi permanent ». Dans la mesure où le texte dit « nommées » et non « titularisées », on peut exclure également les agents contractuels du champ d'application de la loi de 1952 au même titre que les fonctionnaires proprement dits qui, en plus d'une nomination, sont l'objet d'une titularisation.

(181) Voir *contra* : TCHERNONOC, Sur le champ d'application de la loi du 15 décembre 1952, vis-à-vis des travailleurs de la fonction publique, R.J.P.U.F., 1956, p. 781. L'affirmation selon laquelle les agents contractuels de droit public seraient exclus du champ d'application de la loi de 1952, repose sur une erreur d'interprétation de la jurisprudence invoquée.

c. Laborde) (182), le Tribunal des conflits, dans un arrêt du 25 mars 1957 (Etat c. Gagliardi) (183), a réaffirmé que « la loi du 15 décembre 1952 était applicable à tous les agents des collectivités publiques qu'ils soient employés dans les conditions du droit privé ou soumis à un régime de droit public, à la seule exception des agents nommés dans un emploi permanent d'un cadre d'une Administration publique, c'est-à-dire de ceux qui ont la qualité de fonctionnaires ». L'arrêt en question relatif à des ouvriers de la marine relève que si « les ouvriers de la marine, dont le statut est fixé par décret du 1^{er} avril 1920, sont des agents de droit public, ces agents, d'après les dispositions mêmes du décret, n'occupent pas des emplois permanents d'un cadre d'une Administration publique ; qu'ils n'ont aucun droit au maintien permanent au sein de la marine ; qu'ils peuvent quitter leur emploi ou être congédiés après simple préavis ; qu'ils ne sont soumis ni au statut de la fonction publique ni au régime des retraites des personnels civils ; que, s'ils sont des agents de l'Etat, ils n'ont pas la qualité de fonctionnaires et sont donc soumis à la loi du 15 décembre 1952 ».

Le Conseil d'Etat a adopté une position analogue et l'on retrouve dans certains de ses arrêts la même interprétation du texte de 1952 que celle adoptée par le Tribunal des conflits (184). M. de Soto estime cependant que le Conseil d'Etat adopterait une position plus nuancée en ce sens qu'il admettrait le maintien de la compétence des conseils du contentieux tant que la mise en place effective des institutions et des procédures prévues par la loi de 1952 n'aura pas eu lieu (185). Par ailleurs, le Conseil d'Etat semble écarter dans certaines hypothèses le texte de 1952 (186). Selon M. de Soto, le Conseil d'Etat considérerait que certaines fonctions échappent par leur nature à la compétence des tribunaux judiciaires, ainsi en serait-il notamment des chefs supérieurs indigènes. En tout état de cause, les contrats de travail visés par la loi du 15 décembre 1952 présentent des particularités certaines par rapport aux contrats de travail de droit privé (187).

(182) *Rec.*, p. 618.

(183) R.P.D.A., 1957, n° 201. Dans le même sens, voir concl. LONG dans C.E., 26 octobre 1956, Sarre, A.J. 1957.II.461.

(184) C.E., 9 novembre 1955, N'gom, *Rec.*, p. 533.

(185) M. de Soto cite à l'appui de cette affirmation un arrêt du Conseil d'Etat du 7 janvier 1956, Veber, *Rec.*, p. 681.

(186) C.E., 9 novembre 1955, Amoukon Dihyé, *Rec.*, p. 533.

(187) ROSIER, La Notion de contractuel dans les territoires d'outre-mer, *Rec. Penant*, 1958, p. 161.

B. — LE CAS DES AGENTS DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS
ET COMMERCIAUX (188).

63. — Si nous avons décidé de faire une place à part à cette catégorie d'agents, ce n'est pas tant parce que le statut du 4 février 1959 comme celui du 19 octobre 1946 exclut de son champ d'application les « personnels des administrations, services et établissements publics de l'Etat qui présentent un caractère industriel ou commercial » (art. 1, al. 2), mais en raison, d'une part, de la question préalable soulevée par le critère du « service public à caractère industriel et commercial » et, d'autre part, du fait que l'on trouve dans ces services à la fois des agents soumis à des règles statutaires et des agents contractuels. De telle sorte que l'étude de cette catégorie nous permettra de passer des agents contractuels de droit public aux agents statutaires de droit public.

Bien que la distinction des services publics à caractère proprement administratif et des services publics à caractère industriel et commercial soit déjà ancienne (189), on ne peut pas dire qu'il existe à l'heure actuelle une définition précise ou l'indication d'un critère très net de distinction soit dans la doctrine (190), soit dans la jurisprudence. La loi du 19 octobre 1946 s'était contentée de confier à un règlement d'Administration publique, qui n'avait jamais vu le jour, le soin de déterminer les critères de l'Administration ou de l'établissement à caractère industriel et commercial. L'ordonnance du 4 février 1959 a supprimé la référence à ce règlement d'Administration publique. Les différentes formules que l'on retrouve soit dans les arrêts des juridictions administratives, soit dans les études doctrinales, gravitent autour de l'idée du « fonctionnement dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée ». Mais, l'attribution de la qualité de service à caractère industriel et commercial ne peut résulter que de « l'analyse objective de chaque activité déterminée de la puissance publique » (191). Ce sont les conditions de fait et de droit du fonctionnement du service considéré qui permettront d'en définir la nature. Encore faut-il signaler qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter outre mesure à la qualification légale et

(188) Nous réservons le cas des agents des entreprises nationalisées gérant un service public industriel et commercial, que nous examinerons dans le cadre plus général des agents des entreprises nationalisées.

(189) T.C., 22 janvier 1921, *Sté Com. de l'Ouest Africain*, S. 1924.3.34, arrêt connu sous le nom d'arrêt du Bac d'Eloka.

(190) CHAVANON, *Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel et commercial*, thèse Bordeaux, 1939. CHARLIER, *La Notion juridique de service public industriel ou commercial*, J.C.P. 1955.I.1210. ROSSLION, *Entreprise publique et notion de service public industriel et commercial*, A.J. 1956.I.41.

(191) Concl. LAURENT, dans C.E. 16 novembre 1956, *Un. Synd. des Ind. aéron.*, S. 1957, p. 38.

réglementaire qui peut avoir été donnée à telle ou telle activité publique. Ainsi la Cour de cassation a pu considérer la S.N.E.P. comme un établissement administratif en vertu des dispositions réglementant son organisation et son fonctionnement, alors que la loi du 11 mai 1946 qualifiait la S.N.E.P. d'établissement à caractère industriel et commercial (192). Devant la difficulté d'élaborer un critère universel, le commissaire du Gouvernement Laurent estimait (193) que, dans la recherche du critère de distinction des deux catégories de services, on devait prendre en considération, d'une part, la nature de l'activité et, d'autre part, la notion d'entreprise dans l'organisation donnée au service. Il ne suffit pas que les prestations fournies par un service aient une certaine valeur économique pour assurer à ce service un caractère industriel et commercial, encore faut-il que ledit service ait à sa disposition des procédés techniques, juridiques, financiers et comptables adaptés à sa fonction économique. Selon le commissaire du Gouvernement Mosset (194), trois éléments d'appréciation doivent être pris en considération en vue de permettre l'assimilation d'un service assuré par l'Administration à une entreprise industrielle et commerciale du secteur privé : en premier lieu intervient le mode de financement des prestations fournies (paiement du prix du service, perception d'une taxe ou allocation d'une subvention) ; en second lieu, un service se verra reconnaître le caractère industriel et commercial si son organisation comptable est soumise aux règles de la comptabilité commerciale et non à celles de la comptabilité du droit public ; enfin, dernier élément à considérer, les procédés de gestion utilisés (contrats privés et habitudes commerciales ou prérogatives de puissance publique). En somme, si un service est géré par l'Administration dans le cadre de la « gestion privée », c'est un service public à caractère industriel ou commercial ; si, au contraire, ses procédés de gestion se rattachent à la « gestion publique », ce service sera considéré comme un service public administratif. Les services publics à caractère industriel et commercial font ainsi partie à côté des services sociaux, d'une « espèce d'un genre plus vaste » (195) : les services publics à gestion privée (196).

64. — Parmi les agents participant à la gestion de ces services publics industriels et commerciaux, ainsi entendus, il en est qui ont été recrutés par voie contractuelle et d'autres à la suite d'un acte administratif unilatéral. La condition juridique de ces agents apparaît encore plus complexe si l'on considère que, s'agissant des agents recrutés par voie contractuelle, il en est qui relèvent du droit public,

(192) Cour de cass., 9 juillet 1951, S. 1952.I.125, note DRAGO. Voir sur ce point note DUFAY, J.C.P. 1957.II.9987.

(193) Conclusions précitées.

(194) Conclusions précitées dans Jalenques de Labeau (S. 1957.III.276).

(195) G.A.A., p. 397.

(196) T.C., 22 janvier 1955, Naliato, D. 1956.58, note de M. EISENMANN.

ce sont des agents contractuels de droit public, d'autres qui relèvent du droit privé et sont donc des agents contractuels de droit privé. Parallèlement, s'agissant des agents nommés à un emploi dans un service public industriel et commercial, en vertu d'un acte administratif unilatéral, il en est qui sont soumis aux règles générales régissant la condition juridique des agents publics, nous les appellerons des agents statutaires de droit public, et d'autres qui, en dépit de la nature de leur acte de nomination, sont soumis aux règles générales du droit du travail, ce sont des agents « statutaires » de droit privé.

Il importe de retenir dès maintenant que la nature de l'acte de nomination ne joue plus de rôle déterminant, d'après ce qui résulte de la jurisprudence la plus récente. La nomination d'un agent public par un acte administratif ne s'impose pas (197). Inversement, un agent privé peut être nommé en vertu d'un tel acte (198). Quel est alors le critère de distinction entre les agents de droit public et les agents de droit privé exerçant des fonctions dans des services publics industriels et commerciaux ?

65. — Traditionnellement, alors que les agents des services publics proprement dits étaient considérés comme se trouvant dans une situation de droit public, sauf dans les cas où l'Administration les aurait engagés selon les règles du droit commun (199), la jurisprudence estimait que les agents des services publics industriels et commerciaux étaient, quant à eux, placés vis-à-vis de l'Administration, dans une situation de droit privé (200). Mais, elle admettait en même temps une exception relative aux agents occupant un emploi correspondant à une fonction de direction (201). Bien que critiquée par certains auteurs (202), cette distinction entre les agents exerçant une fonction de direction et les agents subalternes des services publics industriels et commerciaux fut adoptée par le statut général du 14 septembre 1941, aujourd'hui abrogé. En raison de l'exclusion prononcée par l'article 1, al. 2, de la loi du 19 octobre 1946, on put croire à un certain moment qu'une telle distinction se trouvait abandonnée (203). C'était méconnaître l'existence d'agents

(197) Note DUBAU précitée et T.C., 15 janvier 1938, Eric de Mare, S. 1938.3.28.

(198) C.E., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, précité.

(199) C.E., 4 décembre 1931, Demoiselle Dumy, S. 1932.3.97, note DELVOLLE.

(200) C.E., 8 novembre 1929, Mounier, D. 1930.3.41, note BIENVENUE. C.E., 24 janvier 1930, Diverres, *Rec.*, p. 101. C.E., 15 mai 1930, Corbin, *Rec.*, p. 107.

(201) C.E., 26 janvier 1923, de Robert Lafreygère, R.D.P. 1923.237, concl. RIVET. C.E., 14 décembre 1928, R.D.P. 1929, p. 106, concl. RIVET. C.E., 7 juin 1935, Pichon, S. 1936.3.6.

(202) CHAVANON, *op. cit.*, pp. 205 et suiv.

(203) Commentaire GAZIER de la loi du 19 octobre 1946, D. 1947, L. 179. LIET-VEAUX, *Jurisqueleur administratif*, fasc. 150, n° 74 (éd. 1952). Dans la mise à jour 1957, M. LIET-VEAUX reconnaît le maintien de la distinction.

qui, bien que n'entrant pas parmi les fonctionnaires au sens strict du mot, étaient vis-à-vis de l'Administration dans une situation de droit public. D'ailleurs, la jurisprudence au lendemain de la mise en application du statut de 1946 réaffirme le principe selon lequel, si l'ensemble du personnel des services industriels et commerciaux se trouvait régi comme tout le service lui-même par le droit privé, par exception, les agents qui occupent une fonction de direction du service sont des agents de droit public (204). Des critiques (205) continuent cependant à être dirigées contre cette distinction qui est néanmoins devenue traditionnelle (206).

66. — Mais la jurisprudence a tendance à restreindre de plus en plus la notion de fonction de direction. Après avoir longtemps admis que toute fonction de chef de service comportant l'exercice d'une autorité, d'un commandement dans le service constituait une fonction de direction (207), le Conseil d'Etat estima par la suite que les chefs de service se trouvaient exclus de la catégorie des agents de direction dès lors qu'ils étaient placés sous l'autorité d'un directeur auquel ils étaient subordonnés (208). A la suite des conclusions du commissaire du Gouvernement Chardeau (209), on estimait qu'occupaient un emploi de direction : le directeur responsable de l'ensemble du service industriel, le secrétaire général et l'agent comptable (210). Mais l'arrêt du Conseil d'Etat du 8 mars 1957 Jalenques de Labeau (211) est venu encore restreindre cette notion de fonction de direction, lui substituant en réalité celle du « plus haut emploi » (212). Désormais, se trouve soumis au droit public celui qui dirige le service tout entier, qui est responsable de sa bonne marche, en quelque sorte le « patron de l'entreprise ». Tous les autres emplois, même lorsque ce sont des emplois de cadres, sont occupés par des agents qui sont, en réalité, des employés de l'entreprise et qui, en cette qualité, sont régis par le droit privé (213). Outre l'agent occupant ainsi le plus haut emploi, le chef de

(204) C.E., 20 avril 1951, Fauquier, *Rec.*, p. 204.

(205) CHENOT, *Organisation économique de l'Etat*, pp. 331 et suiv.

(206) C.E., 30 novembre 1956, Pommier, R.D.P. 1957, p. 372. 20 novembre 1957, Rouquet, R.D.P. 1958, p. 128.

(207) Jurisprudence de Robert Lafreygère, précitée.

(208) C.E., 25 janvier 1952, Boglione et autres, *Rec.*, p. 55.

(209) C.E., 4 juin 1954, Vingtain et Affortit, précité.

(210) Toutefois, comme nous le verrons par la suite, le Conseil d'Etat avait déjà estimé que la théorie des fonctions de direction n'était pas applicable aux agents assujettis au Statut National du Personnel des Industries gazières et électriques (C.E., 22 janvier 1954, Wittwer, C.J.E.G. 1954, p. 77, note DUFAY : cas d'un directeur d'une usine à gaz).

(211) C.E., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, concl. MOSSET, note de LAUBADÈRE, D. 1957.378. Voir également chronique de M. MATHIOT, S. 1957, p. 45.

(212) Le commissaire du Gouvernement MOSSET avait, pour sa part, proposé un critère plus large, celui « d'équipe dirigeante ».

(213) Ainsi, dans l'arrêt du 8 mars 1957, a-t-il été décidé que bien que nommé par décret, le directeur de l'administration de l'Agence France Presse n'était pas un agent public.

la comptabilité est également soumis au droit public dans la mesure où il a la qualité de comptable public en application de l'article 1^{er} (§ 1) du décret du 9 août 1953 (214). Ce nouveau critère a été également adopté par la jurisprudence judiciaire (215). Rappelons que, parmi les agents ainsi soumis au droit public, les uns sont liés au service par un acte contractuel, les autres à la suite d'un acte administratif unilatéral (décret ou arrêté). Les premiers entrent donc dans la catégorie des agents contractuels de droit public, dont nous terminons l'étude, les autres dans celle des agents statutaires de droit public que nous allons examiner maintenant.

§ 3. — Les agents statutaires de droit public.

Nous rangeons dans cette catégorie : certains agents des services publics industriels et commerciaux, le personnel dirigeant des entreprises nationalisées, le personnel des chambres professionnelles et certains ouvriers des services publics administratifs.

A. — LES AGENTS STATUTAIRES DE DROIT PUBLIC DES SERVICES INDUSTRIELS ET COMMERCIAUX.

67. — D'après les critères précédemment dégagés relatifs aux agents des services publics industriels et commerciaux, nous avons vu que le personnel occupant le « plus haut emploi » dans ces services, ainsi que les comptables publics qui y sont employés, dans la mesure où leur nomination résultait d'un acte administratif unilatéral pouvaient être considérés comme des agents statutaires de droit public. En effet, exclus formellement du champ d'application de la loi de 1946, ils ne sont pas des « fonctionnaires » au sens strict. Mais, soumis à des règles de droit public, ils sont des agents publics. Comme leur engagement ne résulte pas d'un acte contrac-

(214) Voir sur ce point note DUBAU précitée.

(215) La cour d'appel de Paris s'est prononcée en ce sens après que l'avocat général LINDON eût insisté sur la valeur de principe de l'arrêt Jalenques de Labeau rendu par le Conseil d'Etat peu de temps auparavant (Paris, 8 juillet 1957, J.C.P. 1958.II.10448, concl. LINDON et note MOTULSKY). Il s'agissait d'ailleurs d'un litige intéressant également l'Agence France Presse qui se trouvait en litige avec son directeur général.

(216) Nous ne considérons pas ici les agents soumis à des statuts particuliers qui, aux termes de l'article 2, alinéa 2 de la loi du 19 octobre 1946, pourront déroger aux dispositions du statut général incompatible avec les nécessités propres à certains corps et services. Ces agents au même titre que ceux soumis au statut général sont évidemment fonctionnaires. Sur la détermination de ces corps, voir d'une part la liste donnée par l'article 2 précité, et l'ouvrage de M. PLANTEY (n° 34 et suiv.) s'agissant notamment des corps qui ont cherché à faire valoir un certain caractère technique pour bénéficier d'un statut dérogatoire au statut général. L'article 2, alinéa 3 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires maintient l'existence de statuts particuliers. L'ordonnance du 4 février 1959 relative à la R.T.F. avait également prévu l'établissement d'un statut du personnel avant le 1^{er} janvier 1960.

tuel, mais d'un acte administratif unilatéral, on peut dire qu'à la suite de cet acte, ils se trouvent soumis à un « statut » de droit public, composé des règles générales applicables aux agents publics tels qu'ils résultent de certains textes spéciaux et des décisions jurisprudentielles.

B. — LE PERSONNEL DIRIGEANT DES ENTREPRISES NATIONALISÉES (217).

68. — Ainsi que nous aurons l'occasion de le démontrer lorsque nous envisagerons les différentes catégories d'agents privés au service de personnes publiques, le personnel des entreprises nationalisées est en principe dans une « situation réglementaire de droit privé » (218).

Par contre, le personnel dirigeant nous semble être dans une situation de droit public, mais pas simplement par application de la théorie de l'« emploi de direction » que nous avons rencontrée dans l'étude des agents contractuels des services publics industriels et commerciaux.

S'il est vrai que cette théorie a pu être appliquée à un certain moment à des agents d'une entreprise nationalisée (219), elle semble avoir été abandonnée dans l'arrêt Wittwer du 22 janvier 1954 (220). Toutefois, selon certains auteurs (221), cette théorie continuerait à trouver un domaine d'application dans le cadre des entreprises publiques à condition de distinguer les entreprises dont le personnel n'est pas soumis à un statut spécial et ceux qui, au contraire, se sont vus dotés d'un statut du personnel.

70. — S'agissant des établissements industriels et commerciaux de l'Etat dépourvus d'un statut spécial du personnel, la théorie des « fonctions de direction » semble encore applicable. M. Dufau cite

(217) *Bibliographie* : P.-M. DELESALLE, *Le Statut du personnel des entreprises nationalisées*, Thèse Lille, 1953. P. DURAND, *Le Statut du personnel et la théorie des sources du droit du travail*, C.J.E.G., novembre 1954, p. 99. RIVERO, *Le Régime des nationalisations*, 1948. BOULOUIS, *Les Entreprises nationalisées, Jurisclasseur administratif*, fasc. 157. FUSILIER, *Le Statut du personnel de l'Electricité de France et du Gaz*, *Rev. pol. et parlem.*, 1955.246. FUSILIER, *Statut du personnel des entreprises nationalisées comparé au statut de la fonction publique*, R.D.P. 1956.501. DUFAU, *De la condition juridique du personnel d'E.D.F. et de G.D.F.*, dans C.J.E.G., 1957, pp. 1 et 11. LEVASSEUR, *La Situation du personnel dans les entreprises nationalisées*, Rapport au 3^e colloque des Facultés de Droit de Grenoble, 1956. KASMIERCZAK, *L'Application du droit commercial aux entreprises nationalisées*, Thèse Lille, 1955.

(218) De LAUBADÈRE, D.A., 2^e éd., n° 1203, p. 613.

(219) C.E., 26 décembre 1951, Dame Hinard, *Rec.*, p. 618. C.E., 9 novembre 1951, Goupy, *Rec.*, p. 780. C.E., 16 mai 1952, Garbez, C.J.E.G., 1952, p. 483.

(220) Dans cette affaire, en dépit de ses fonctions de directeur d'une usine à gaz, le Sieur Wittwer a été considéré comme un agent privé du fait de sa soumission au statut du personnel de l'E.D.F.

(221) DUFAU, art. précité, C.J.E.G., 1957, p. 7.

à cet égard deux arrêts. L'un, du Tribunal des conflits en date du 17 janvier 1955 (222), a reconnu la qualité d'agent public à un ingénieur chargé, par arrêté ministériel, d'assumer provisoirement la direction d'un établissement industriel exploité par l'Etat, en vertu d'une réquisition d'usage. L'autre, du Conseil d'Etat du 20 janvier 1954 (223), a reconnu compétence aux tribunaux judiciaires pour connaître des litiges relatifs aux agents de la Société Nationale de Vente des Surplus, à l'exception de ceux qui y exercent des fonctions de direction.

71. — S'agissant, au contraire, des entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut spécial, il ne semble pas que la théorie de l'emploi de direction soit encore applicable depuis l'arrêt Wittwer, mais il n'en demeure pas moins que certains agents de direction sont des agents publics. Quels sont-ils ?

M. Delesalle (224), s'appuyant sur certaines décisions de jurisprudence (225), a délimité l'application de la théorie de l'emploi de direction aux entreprises publiques nationalisées par un critère d'ordre formel, la nomination par un acte administratif et non par un critère d'ordre matériel, tiré de l'importance et de la nature des fonctions exercées. Cette opinion est partagée par M. Levasseur (226) et M. Dufau (227), bien que le critère tiré du mode de nomination ou des conditions de recrutement ne soit plus retenu par la jurisprudence, s'agissant des agents des services publics industriels et commerciaux, ce critère ayant depuis longtemps fait place, comme nous l'avons vu précédemment, à celui tiré de la nature des fonctions exercées. De telle sorte qu'il est désormais admis que le président directeur général (228) ou le directeur général des entreprises publiques nationalisées est un agent public (229).

(222) T.C., Dame Vve de Postis, 17 janvier 1955, *Rec.*, p. 611. Mais, contrairement à ce que semble penser M. DUFAU, il n'est pas possible de considérer l'activité citée comme constituant un service public industriel et commercial. Il s'agit seulement d'une entreprise qui à la suite d'une réquisition d'usage a été pour un temps une entreprise publique étatique.

(223) C.E., 20 janvier 1954, Costes, *A.J.* 1954.II.88, *Rec.*, p. 807.

(224) *Op. cit.*, p. 140.

(225) C.E., 14 décembre 1928, Pillard, concl. RIVET, R.D.P. 1929, p. 106. C.E., 8 novembre 1929, Monnier, S. 1930.3.39.

(226) *Op. cit.*, p. 341.

(227) Art. précité, p. 8.

(228) S'agissant du personnel dirigeant de l'E.D.F. et de G.D.F., le statut du personnel du 22 juin 1946 lui est théoriquement applicable (art. 36), sauf dispositions législatives contraires. Or, comme le fait remarquer M. DELESALLE, ces dérogations sont nombreuses et importantes. De telle sorte que ce personnel apparaît comme soumis au droit public, alors que M. DELESALLE adopte une thèse plus nuancée, mais moins nette, en attribuant un caractère « mixte » au statut du personnel directeur. La soumission de principe au droit public n'est pas, à notre avis, incompatible avec l'application de certaines règles du droit privé (voir DELESALLE, *op. cit.*, pp. 10 et suiv.).

(229) M. RIVERO qui, en 1948, n'adoptait pas une telle position (n° 550), a pu s'étonner de voir ainsi des agents nommés par l'Etat sans aucun élément

A l'appui de cette thèse on peut citer un arrêt du Conseil d'Etat du 17 octobre 1952 (230) qui a reconnu la compétence de la juridiction administrative pour connaître d'une mesure disciplinaire visant un président directeur général d'une Société nationale d'assurances.

De même, les administrateurs des conseils d'Administration des entreprises publiques nationalisées sont des agents publics (231). Cette solution se conçoit aisément s'agissant des administrateurs représentants de l'Etat, d'autant plus que dans la plupart des cas, sinon dans tous, ces administrateurs sont des fonctionnaires qui sont tenus de cesser leurs fonctions dès qu'ils perdent la qualité de fonctionnaire (232). En ce qui concerne les administrateurs représentants des usagers et du personnel, une solution identique résulte de la position adoptée par la jurisprudence administrative à cet égard. Depuis l'arrêt du 18 avril 1945 (233), par lequel le Conseil d'Etat s'est prononcé sur un recours formé contre un décret révoquant de ses fonctions d'administrateur un représentant du personnel de la S.N.C.F., il est admis que les litiges concernant le statut des administrateurs des entreprises publiques relèvent du droit public (234).

C. — LE PERSONNEL DES CHAMBRES PROFESSIONNELLES.

72. — Jusqu'en 1952, aucun texte général n'était intervenu pour déterminer le caractère du lien existant entre les Chambres professionnelles et leurs agents. Il était cependant admis qu'en tant

contractuel dans leur statut et qui n'ont pas la qualité de fonctionnaire tout en étant des agents publics (bien que M. RIVERO ne leur reconnaisse pas explicitement cette qualité). Cf. *Les Nationalisations*, 1948, n° 425. Que dire alors de la situation d'agents qui, bien que nommés par décret, ne sont même pas des agents publics (cf. *supra*, p. 109, note 213). Voir sur ce point, *Jurisclasseur administratif*, fasc. 156, n° 131 et 132.

Un décret du 29 avril 1959 relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales ne vise que les emplois de direction au sens étroit, c'est-à-dire président du conseil d'administration et directeur général. Ces agents sont nommés en Conseil des ministres.

(230) C.E., 17 octobre 1952, Finelle, *Rec.*, p. 442.

(231) BREDIN, *L'Entreprise semi-publique et publique et le droit privé*, thèse Paris, 1955, pp. 193 et suiv. M. RIVERO avait signalé en son temps l'incompatibilité qui existait entre le concept traditionnel d'administrateur de société anonyme et celui d'administrateur de société nationalisée (*Le Régime des nationalisations*, 1948, n° 489).

(232) BREDIN, *op. cit.*, p. 193.

(233) C.E., 18 avril 1945, Jarrigion, S. 1948.3.33, note RIVERO.

(234) DUFAY, *op. cit.*, p. 8, et jurisprudence qui y est mentionnée. Voir également C.E., 12 février 1958, Le Brun et Pasquier, concl. HEUMANN, D.S. 1958, p. 265.

qu'agents d'établissements publics (235), ils étaient occupés à une tâche d'intérêt public. A la suite de la loi du 11 février 1950, relative aux conventions collectives, le ministère du Travail, répondant en avril 1951 au secrétaire du Syndicat C.F.T.C. des services publics et concédés, déclara nettement que les Chambres de commerce et les Chambres des métiers ne rentraient pas dans le champ d'application de la loi du 11 février 1950. Quelle était alors la situation de leurs agents ? Dans un avis du 6 novembre 1946 (236), le Conseil d'Etat « considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 26 juillet 1925, les Chambres de métiers sont des établissements publics, qu'elles constituent des organismes administratifs », estimait que par suite, ceux de leurs agents qui participent d'une façon permanente à l'administration générale de ces Chambres, sont soumis aux règles de droit public et sont régis par les dispositions générales qui sont applicables à tous les agents publics, à moins qu'ils n'aient été recrutés dans les conditions du droit commun ; qu'au contraire, les agents participant à des exploitations industrielles ou commerciales sont uniformément soumis aux règles du droit privé (237). Cet avis ne faisait que confirmer une jurisprudence constante tant en ce qui concerne les agents des Chambres des métiers (238) que ceux des Chambres de commerce (239).

La loi du 10 décembre 1952 est venue réglementer la situation des agents des Chambres professionnelles (240). Son article 1^{er} stipule que la situation du personnel administratif des Chambres d'agriculture, des Chambres de commerce et des Chambres des métiers de France est déterminée par un statut établi par des commissions paritaires nommées pour chacune de ces institutions par le ministre du Travail.

73. — S'agissant du personnel des Chambres des métiers, le statut du personnel a été homologué par arrêté ministériel du 3 août 1954. L'article 1^{er} prévoit que le statut s'applique au personnel administratif et enseignant. En vertu de l'article 2, ce personnel comprend des agents stagiaires, titulaires ou confirmés dans un emploi permanent à temps complet. Le reste du personnel bénéficie des garanties communément reconnues par les lois et règlements

(235) Article 1^{er} de la loi du 9 avril 1898 relative aux Chambres de commerce. Article 2 de la loi du 26 juillet 1925 relative aux Chambres des métiers.

(236) *Jurisclasser administratif*, fasc. 260, n° 103.

(237) Sous réserve de l'application de la théorie des fonctions de direction (C.E., 25 janvier 1952, Boglione, *Rec.*, p. 55). Voir *supra*, n°s 65 et suiv.

(238) Cons. Préf. Seine, 27 juin 1947, Maine de Biran : le secrétaire général d'une Chambre des métiers concourt d'une façon continue à l'exécution des services dudit organisme, et il remplit ainsi des fonctions de caractère administratif (inédit).

(239) C.E., 21 février 1936, Retail, *Rec.*, p. 231. C.E., 3 décembre 1952, Dubois, *Rec.*, p. 555.

(240) Sans apporter d'innovation en la matière, si ce n'est de soumettre le personnel administratif à un statut organique.

en la matière. Il s'agit du personnel visé à l'article 4 du statut, lequel dispose que la Chambre des métiers pourra, en cas de besoins non permanents, engager des agents temporaires recrutés et licenciés selon les règles du droit commun et exclus du domaine d'application du statut. Les agents soumis au statut sont, eux, des agents publics (241).

74. — S'agissant du personnel des Chambres de commerce, un arrêté du 3 avril 1954 a, de même, homologué les dispositions du statut du personnel administratif de ces établissements publics. Ce statut s'applique, en respectant les droits acquis, aux seuls agents administratifs titulaires d'un emploi permanent et travaillant à temps complet, à l'exclusion des agents participant à l'exploitation des services à caractère industriel ou commercial (242).

D. — LES OUVRIERS APPARTENANT A DES CADRES PERMANENTS DES SERVICES PUBLICS ADMINISTRATIFS.

75. — En ce qui concerne les ouvriers employés dans les services publics industriels et commerciaux, et dans les services publics concédés (243), leur qualité d'agents privés est certaine. Par contre, le problème se pose pour les agents des services publics à caractère proprement administratif ou technique.

Depuis longtemps deux positions extrêmes sont adoptées par la doctrine. Pour certains auteurs (244), l'assimilation des ouvriers de l'Etat aux salariés de droit commun était certaine. Par contre, Duguit estimait que « l'affirmation si souvent répétée que les ouvriers de l'Etat sont des ouvriers comme ceux de l'industrie privée, ayant exactement la même situation, est parfaitement erronée. Il ne peut en être ainsi parce que, participant d'une manière permanente et normale à un service public, ils ont tous les caractères du fonctionnaire » (245).

Compte tenu de la loi du 19 octobre 1946 et de son incidence sur la définition jurisprudentielle de l'« agent public », il y a lieu de nuancer ces deux positions extrêmes.

Ne doivent être considérés comme agents publics que les ouvriers occupant d'une façon continue un emploi permanent dans un cadre permanent d'ouvriers (246). En l'absence de cadre ou en cas d'emploi temporaire, les ouvriers sont des agents privés (247).

(241) T.A., Paris, 9 mai 1956, Dame Perrot, *Rec.*, p. 548.

(242) *Jurisclasser administratif*, fasc. 260, n° 103, 3°.

(243) PLANTEY, *op. cit.*, n° 56, p. 30.

(244) BOURGUIN, *De l'Application des lois ouvrières aux ouvriers et employés de l'Etat*, 1902, pp. 11 et 14.

(245) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1911, T. I, p. 429.

(246) T.C., 9 juillet 1953, Piotet, *Rec.*, p. 692.

(247) C.E., Vidal, 22 juin 1910, *Rec.*, p. 489. C.E., 20 décembre 1946, Colonie de Madagascar, G.P. 1947.I.179.

Or, pour la plupart des services publics (248) à caractère proprement administratif ou technique, des statuts spéciaux (249) ont créé des cadres d'ouvriers utilisant des agents permanents ou temporaires. Les premiers ont manifestement la qualité d'agents publics (250).

76. — Ainsi, sont des agents publics, les ouvriers, manœuvres spécialisés et les contremaîtres nommés dans un emploi permanent du cadre des ouvriers des Administrations centrales des ministères, en application du statut du personnel ouvrier de ces services. Dans le service des Ponts et Chaussées, les cantonniers et cantonniers-chefs font partie d'un cadre permanent et sont également des agents publics.

S'agissant des ouvriers employés en régie, par cette Administration, ceux qui sont permanents relèvent du droit public à l'opposé des ouvriers temporaires régis par le droit commun (251).

77. — Au sein des Manufactures des Gobelins, de Beauvais et de Sèvres, il existe aussi un cadre permanent d'ouvriers titulaires en même temps que ces services font appel à des ouvriers temporaires. Une situation identique se retrouve dans les services ressortissant du ministère des Finances (Monnaies et Médailles, Atelier Général du Timbre, Imprimerie Nationale, Manufacture des Tabacs et Allumettes).

78. — Dans l'Administration des P.T.T., il semble que le personnel ouvrier permanent, auquel s'appliquait un statut spécial, soit maintenant régi par le statut général de 1959 (252).

(248) Voir sur ce point la thèse de M. R. LEVY, *Du Statut juridique du personnel ouvrier des services publics généraux en régie, concédés ou nationaux*, Paris, 1947.

(249) Administrations centrales des ministères : décrets du 16 avril 1921 et du 6 février 1937. - Ponts et Chaussées : cantonniers régis par le règlement du 22 mars 1944 annexé à la circulaire ministérielle du même jour A 7. - Ouvriers régis par un règlement départemental émanant de l'ingénieur en chef des Ponts et Chaussées (formule type annexée à la circulaire ministérielle A 13 du 27 août 1937). — Mobilier national, Manufacture des Gobelins, de Beauvais, de Sèvres : décret du 21 novembre 1943. - P.T.T. : décret du 24 juillet 1946. - Monnaies et Médailles : Décret du 26 novembre 1946. - Atelier général du Timbre : règlement de 1889. - Manufacture des Tabacs et Allumettes : règlements de 1912 et 1935. - Imprimerie nationale : décret du 14 mai 1945. - Défense nationale : Terre, décret du 26 février 1897 ; Marine, décret du 1^{er} avril 1920.

(250) C.E., 23 avril 1947, Dupouy, *Rec.*, p. 618. Mais comme nous aurons l'occasion de le voir par la suite, à l'heure actuelle, la différenciation des régimes juridiques du salarié de l'entreprise privée et de l'ouvrier agent public ne vaut plus guère que pour la compétence juridictionnelle et non pour le contenu même de cette situation, compte tenu de l'évolution du secteur privé du « contractuel » à l'« institutionnel ».

(251) Les cantonniers auxiliaires des Ponts et Chaussées sont des salariés privés, C.E. 27 mai 1957, Mathais, *Rec.*, p. 353.

(252) Cours de MM. CHASSAING et LAUZON, professé à l'Ecole Nationale Supérieure des P.T.T., 1953, p. 12.

79. — En ce qui concerne les ouvriers des établissements militaires de l'Etat et le personnel ouvrier des établissements industriels de la Marine, les rapports avec l'Administration sont fixés par des règlements administratifs comportant des dispositions exorbitantes du droit commun (253). De telle sorte que le lien qui les unit à la personne publique est un lien de droit public entraînant la compétence administrative (254).

80. — Il faut signaler le cas particulier du personnel ouvrier des établissements industriels de la Marine dont la situation nécessite quelques explications (255). Avant 1920, l'ouvrier de la Marine se trouvait dans une situation qui était très proche de celle d'un militaire, notamment au point de vue de la discipline et des pensions. Par ailleurs, une « immatriculation » lui assurait une permanence complète. Le statut actuel des ouvriers de la Marine tend, au contraire, à rapprocher dans toute la mesure du possible leur situation de celle des ouvriers de l'industrie privée. Cet effort a porté principalement sur la nature du lien existant entre l'ouvrier et l'Etat, lien qu'on a voulu précaire et révocable et sur la rémunération qu'on a voulue semblable à celle du secteur privé. Ainsi, l'ouvrier de la Marine se trouve lié par contrat à l'Etat, mais la plus grande partie des ouvriers de la Marine, dits réglementés, sont liés par un contrat de durée indéterminée et pratiquement illimitée ; ce n'est que la situation des ouvriers dit temporaires, liés par contrat déterminé, qui garde pleinement un caractère précaire. Ces ouvriers constituent cette masse de main-d'œuvre variant selon l'importance des constructions navales en cours, qui permettent aux arsenaux de fonctionner dans les conditions d'une entreprise privée, qui tour à tour embauche et débauche, en fonction de ses commandes. Quant au régime de la rémunération, il apparente vraiment l'ouvrier de la marine à celui du secteur privé. Les salaires des ouvriers de la Marine sont, en effet, statutairement les salaires normaux et courants en vigueur dans les industries privées de la région où est établi l'arsenal. La Marine semble ainsi avoir manifesté sa volonté d'industrialiser ses services productifs et de rapprocher la condition juridique du personnel qu'elle y emploie de celle du personnel de l'industrie privée. Mais, par plus d'un trait, cette condition juridique rappelle celle des autres catégories d'agents publics. De telle sorte que nous considérons les ouvriers des établissements industriels de la Marine comme des agents publics au même titre que les agents des poudrières et autres établissements industriels du ministère de la Défense nationale. Il faut, en effet, tenir compte de l'appartenance des établissements industriels de la

(253) Concl. LANDRON, dans C.E. 25 mars 1955, Rousset, D.S. 1955, p. 624.

(254) C.E., 18 février 1955, Bernot, *Rec.*, p. 97.

(255) PAULY, Situation du personnel ouvrier des établissements industriels de la marine, R.A. 1950.53.

Marine au service public d'un caractère particulier par sa nature et ses exigences que constitue la Défense nationale. C'est ainsi que les ouvriers des établissements industriels de la Marine sont soumis à des règles particulières concernant l'embauchage (256). Notons la création en 1948, au ministère de la Défense nationale, d'un service de coordination des statuts des personnels civils de ce département, vraisemblablement en vue de faire prévaloir à l'égard des différentes catégories d'agents les intérêts supérieurs de la Défense nationale.

§ 4. — Les collaborateurs soumis au droit public.

81. — Le phénomène de la collaboration de simples particuliers à la vie administrative est loin d'être considéré comme exceptionnel. Il est présenté, au contraire, comme un élément normal de l'évolution de la société (257). A l'heure actuelle, notre droit au lieu de séparer rigidement l'Administration et les administrés tend de plus en plus à entremêler les rapports entre ces deux groupes. Le concours apporté par les particuliers aux activités des personnes publiques se présente sous des formes très variées. M. Vedel (258) cite comme exemple de collaboration des plus rudimentaires, celle du plaignant qui, en matière pénale, déclenche l'action publique par sa plainte et collabore ainsi au fonctionnement du service public de la justice. Nous ne nous attarderons pas sur les multiples formes de collaboration rudimentaire des particuliers avec l'Administration et nous nous arrêterons sur des formes de collaboration plus élaborées pour distinguer entre le caractère bénévole et le caractère forcé de la collaboration. Nous constaterons que même lorsque sa collaboration est bénévole, le particulier peut être considéré comme agent public car il se trouvera soumis aux règles du droit public. Inversement, le fait d'être un collaborateur forcé n'entraîne pas *ipso facto* la qualité d'agent public, même si certaines règles du droit public se trouvent applicables.

A. — COLLABORATEURS FORCÉS.

82. — On peut considérer comme « collaborateur forcé » de l'Administration soumis à un statut de droit public, toute personne contrainte, par mesure d'autorité, de collaborer à la gestion d'un service public, pour une durée limitée, sans rémunération, ou dans

(256) Nous ne partageons pas l'opinion de M. PAULY selon laquelle la participation des représentants ouvriers à l'avancement du personnel, la comparaison devant un conseil d'enquête préalablement à une mesure de congédiement, et surtout, le régime de sécurité sociale seraient des indices d'un alignement de la situation de ces agents sur celles des fonctionnaires.

(257) Voir sur ce point, CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. I, pp. 10 et suiv.

(258) Cours cité, 1953-54.

des conditions de rémunération qui excluent évidemment toute idée de carrière, cette rémunération consistant en une simple indemnité de déplacement ou de séjour par exemple (259).

Cette définition nous permet ainsi d'exclure du groupe des collaborateurs « forcés » de droit public, les individus requis dans ou affectés à une entreprise privée. Nous considérons ces individus comme des préposés de personnes publiques car ils remplacent de véritables agents de personnes publiques que celles-ci auraient dû détacher dans des entreprises privées. Mais ce sont des agents de droit privé même si, comme nous le verrons par la suite, leur situation est mixte, en ce qu'elle combine les règles du salariat privé et celles du droit public.

Cette catégorie de « collaborateurs forcés » comprend les « requis » en vertu de lois spéciales, les jurés, les militaires du contingent, les fonctionnaires « forcés » et les prestataires.

83. — 1. Le cas le plus répandu de collaboration forcée au service public est la *réquisition*. Celle-ci crée entre l'Administration et celui qui en fait l'objet un lien de droit public (260). Bien que contraire au principe de la liberté individuelle, ce procédé de collaboration forcée a connu un développement exceptionnel à la suite des crises traversées par les Etats modernes depuis une cinquantaine d'années (261). Toutefois il faut reconnaître que ce procédé avait toujours été admis dans les circonstances exceptionnelles. Ainsi, aux termes de l'article R. 30-15° du Code pénal, les particuliers peuvent se trouver réquisitionnés par les officiers publics en cas d'accident, d'incendie, d'inondation et autres calamités (262). La loi du 5 avril 1884 reconnaît des pouvoirs analogues de réquisition au maire. De même, la loi du 3 mars 1822 (art. 12 et 13) et le décret du 4 janvier 1896 permettent aux agents sanitaires de réquisitionner en cas d'urgence tous les citoyens.

Les textes les plus importants en matière de réquisition sont, sans conteste, la loi du 3 juillet 1877 sur les réquisitions militaires et la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la Nation en temps de guerre, qui a été prorogée *sine die* par la loi du 28 février 1950 et modifiée par deux ordonnances des 6 et 7 janvier 1959 (263). Un décret-loi du 19 octobre 1939 a organisé un statut des requis civils. S'agissant du personnel requis dans des établissements de l'Etat,

(259) Définition donnée par M. WALINE, D.A., 7^e éd., p. 742, n° 1372.

(260)) Note HUET, sous C.E., 20 décembre 1946, Colonie de Madagascar, D. 1947, p. 464.

(261) PLANTEY, *op. cit.*, n° 47, p. 27.

(262) Sur la responsabilité de la puissance publique vis-à-vis d'un collaborateur requis dans le cadre d'une opération de police judiciaire, voir Cass. Trésor public c. Docteur Giry, 23 novembre 1956, A.J. 1957.II, p. 91 et note WALINE, R.D.P. 1958, p. 298.

(263) L'ordonnance n° 59-63 du 6 janvier 1959 est relative aux réquisitions de biens et de services et l'ordonnance n° 59-147 du 7 janvier 1959 porte organisation générale de la défense.

le statut de ces agents présente quelques différences (264) avec celui des requis affectés à des établissements privés. Cette catégorie spéciale de requis est soumise aux dispositions applicables en vertu du règlement intérieur au personnel auxiliaire ou temporaire de l'établissement dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux dispositions du décret-loi (salaire et régime disciplinaire particuliers). D'une manière générale, la personne requise dans un service public est soumise à un statut de droit public (265) ; elle doit rejoindre l'emploi indiqué, ne pas l'abandonner ni interrompre le service ; elle doit obéir aux prescriptions générales de l'autorité requérante et aux ordres du supérieur hiérarchique sous peine de sanctions disciplinaires ou pénales ; elle perçoit une rémunération analogue à celle des agents publics ; enfin, elle bénéficie de la garantie du risque professionnel en ce qui concerne les accidents du service ou du travail, en vertu de la loi du 11 juillet 1938 (266) et de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a tendu à l'assimiler au fonctionnaire. L'indemnité est due par la personne publique dont dépend le service. Placé dans une telle situation statutaire, le requis ne peut faire valoir aucun droit à l'encontre de l'Administration, même pas celui d'être affecté à un poste déterminé (267).

84. — 2. Autre groupe d'agents publics « collaborateurs forcés » : les *militaires du contingent* pendant le temps de la durée légale du service (268). Les officiers (269) et sous-officiers de carrière sont des fonctionnaires. Les militaires du contingent ne sont certes pas des fonctionnaires, mais ce sont néanmoins des agents publics. Théoriquement, le service militaire se présente non comme une fonction, mais comme une contribution. Mais, pratiquement, tout se passe comme si la jeune recrue se voyait confier une « fonction imposée ».

La qualité d'agent public se marque par le fait que le soldat du contingent est titulaire de droits et d'obligations spécifiques d'un statut de droit public.

85. — 3. Bien que la qualité d'agent public du *juré* soit moins marquée, il faut cependant tenir compte de sa collaboration

(264) DURAND et VITU, T. II, p. 864.

(265) PLANTEY, *op. cit.*, n° 79, p. 39.

(266) Requis civils, compétence judiciaire : C.E., Dame Vve Le Gall, 21 février 1947, *Rec.*, p. 70.

(267) C.E., 14 novembre 1941, Benoit, *Rec.*, p. 189.

(268) Au-delà de la durée légale, ils servent soit à la suite d'un contrat de rengagement et sont alors des agents contractuels de droit public, soit à la suite d'un décret de maintien sous les drapeaux, et sont alors à plus forte raison des requis.

(269) Voir P. WEIL, L'Officier et le fonctionnaire, *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1956, et Armée et fonction publique, *Défense nationale*, Centre de Science Politique de l'Institut d'Etudes Juridiques de Nice (session de 1957), P.U.F., 1958.

« forcée » effective au service public de la justice qui entraîne à sa charge des obligations qui à plus d'un point de vue sont exorbitantes du droit commun (270). Ce statut de droit public n'étant pas durable, on a pu douter de la qualité d'agent public du juré. Certains auteurs y voient un « agent public incomplet » (271).

86. — 4. Sous le vocable de *fonctionnaire forcé* (272), on entend une personne obligée, en vertu d'une disposition légale, d'occuper pendant un certain temps un emploi public, un poste dans les cadres organisés d'un service public. Citons, d'une part, l'exemple de l'avocat obligé, en vertu des textes relatifs à la composition des juridictions administratives, de compléter un tribunal administratif (voir décret du 5 mai 1934 relatif aux conseils de préfecture). D'autre part, signalons l'article 14 de la loi du 11 juillet 1938, sur l'organisation de la Nation en temps de guerre, en vertu duquel, au cas de guerre ou de péril de guerre, d'anciens fonctionnaires de l'Etat, des départements et des communes peuvent être appelés, pendant une période de cinq ans à partir de leur mise à la retraite, à occuper à titre provisoire un emploi dans un service public. Certains auteurs ont pu dénier la qualité d'agent public à ces agents « forcés », car ils s'attachaient à tort à l'idée que l'occupation volontaire de l'emploi était nécessaire pour acquérir une telle qualité (273). Or, le caractère obligatoire n'est pas du tout exclusif du caractère d'agent public (274).

87. — 5. Le *prestataire*, c'est-à-dire celui qui a demandé à acquitter en nature son impôt des prestations en fournissant une ou plusieurs journées de travail doit également être considéré comme un agent public « forcé » (275).

B. — COLLABORATEURS BÉNÉVOLES (275 bis).

88. — Nous considérons comme tels ceux qui, depuis la célèbre affaire des « mariages de Montrouge » (276) sont appelés des « fonctionnaires de fait » (277). Il s'agit de particuliers qui assurent de

(270) Pour notre part, nous ne considérons pas que le fait d'engager la responsabilité de l'Etat soit un élément déterminant pour l'attribution de la qualité d'agent public. Nous verrons par la suite qu'un particulier, collaborateur occasionnel d'un service public, peut entraîner la mise en jeu d'une telle responsabilité, sans même qu'il ait la qualité d'agent public (C.E., 21 octobre 1949, *Mutuelle du Mans*, D. 1950, J. 162, note WALINE).

(271) Cours VEDEL, précité.

(272) Cours ROLLAND, précité, p. 266.

(273) BONNARD, *Précis de droit adminis.*, 4^e éd., p. 440.

(274) DUCUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. I, p. 430.

(275) WALINE, D.A., *op. cit.*, 7^e éd., n° 1372, p. 742.

(275 bis) Voir D. LAVROFF, *Le Collaborateur bénévole de l'Administration*, A.J. 1959.I.121.

(276) Cass. civ., 7 août 1883, D. 1884.I.4.

(277) JÈZE, R.D.P. 1944.322. CHARLIER, J.C.P. 1944.II.2663. GERVAIS, R.D.P. 1948.270.

leur propre initiative, avec ou sans apparence d'investiture, la gestion de l'Administration, interrompue par des faits exceptionnels comme la révolution, la guerre, l'occupation ou la libération du territoire (278). Au sujet de leur qualité d'agent public, il existe une certaine divergence dans la doctrine. M. Waline (279) soutient que ces agents n'ont ni la qualité, ni le statut de fonctionnaire public. N'ayant pas fait l'objet d'une nomination, ils ne feraient pas partie de l'Administration et ne seraient pas soumis aux obligations des fonctionnaires. Ils auraient toutefois le droit à la communication du dossier s'ils ont la « possession d'état de fonctionnaire ». Si manifestement on ne peut reconnaître à ces agents la qualité de fonctionnaires, il n'en demeure pas moins qu'ils sont de véritables agents publics. Comme le souligne M. Plantey (280), ils sont soumis à un véritable statut qui comporte notamment le respect des devoirs professionnels et la possibilité de sanctions disciplinaires. « Somme toute, il (le fonctionnaire de fait) a presque toutes les obligations du service du fonctionnaire, sans avoir ses avantages de carrière ou de rémunération » (281).

Avant de terminer l'étude des différentes catégories d'agents publics au service des personnes publiques, nous devons nous arrêter quelques instants à une catégorie spéciale d'agents, les officiers ministériels qui occupent une place à part entre les agents publics et les agents de droit privé dont nous entamerons ensuite l'étude.

Appendice : Les officiers ministériels

89. — Auxiliaires du service public de la justice, les officiers ministériels sont des personnes qui, en vertu d'une nomination de l'autorité publique, sont habilitées à exercer certaines fonctions dont la rémunération leur est fournie, sauf en ce qui concerne les greffiers, par ceux qui recourent à leurs services. La question qui se pose est de savoir si ces personnes, qui concourent au service public de la justice, sont des agents publics et si, au regard de certains textes du droit pénal, on peut les considérer comme fonctionnaires (282). Certains auteurs ont, en effet, fait remarquer qu'un certain nombre de règles gouvernant les officiers ministériels les rapprochent des agents publics (283). Ainsi, l'« office » est un emploi

(278) PLANTEY, *op. cit.*, n° 52, p. 29.

(279) D.A., *op. cit.*, 6^e éd., p. 409.

(280) *Op. cit.*, n° 81, p. 40.

(281) Le Conseil d'Etat a jugé qu'une personne qui, bien qu'ayant occupé de fait des fonctions administratives, ne pouvait invoquer ni une nomination dans un emploi permanent d'un cadre de l'administration, ni un contrat de droit public, ni une faute de service public, n'était pas en droit de réclamer une indemnité pour une soi-disant rupture abusive d'un contrat de louage de services (C.E., 7 juin 1957, Dame Civra, *Rec.*, p. 390).

(282) Cf. *supra*, n° 23 et suiv.

(283) DUEZ et DEBEYRE, D.A., p. 751.

permanent prévu et organisé par les textes. Les officiers ministériels dont les devoirs et les avantages afférents à leurs fonctions sont fixés par des actes législatifs et réglementaires, se trouvent dans une situation générale et impersonnelle et placés dans une certaine mesure sous le contrôle et la surveillance de l'autorité judiciaire. Nommés sur présentation de leur prédécesseur, ils ne sont pas libres du choix de leur clientèle. Enfin, le contentieux des nominations (284), des cessions et suppressions (285) et du nombre des offices relève des juridictions administratives, en tant qu'il est relatif à l'organisation du service public de la justice et non simplement à son fonctionnement (286). Le problème se pose de façon différente suivant la catégorie d'officiers ministériels considérés.

90. — S'agissant des *avoués* et des *commissaires-priseurs*, il est manifeste que ce ne sont pas des agents publics. Seule leur investiture est publique, car leur ministère, lui, s'exerce dans un but d'intérêt essentiellement privé. L'avoué participe, certes, au fonctionnement du service public de la justice, mais au même titre que l'avocat. Cette collaboration est, comme le note M. Vedel, une collaboration « extérieure ». L'avoué, comme l'avocat, défend avant tout des intérêts privés. De sorte que, pour reprendre l'expression de M. Vedel (287), en ce qui concerne les avoués et les commissaires-priseurs, il s'agirait plutôt d'une « profession organisée » que d'un emploi public (288).

91. — Par contre, la mission des *notaires* et des *huissiers* est incontestablement une mission d'intérêt public. Les uns et les autres exercent une véritable fonction publique : les notaires, en donnant force authentique à certains actes et les huissiers en assurant l'exécution des décisions de justice. On aurait donc pu concevoir que les professions de notaire et d'huissier fussent organisées en « fonctions publiques » au sens strict, et que leurs titulaires fussent sinon des fonctionnaires, du moins des agents publics. Tel est le cas des notaires en fonction en Alsace-Lorraine, dont le statut qui résulte de la loi du 17 juillet 1925 est foncièrement différent de celui des notaires en fonction dans le reste du territoire. Ainsi l'article premier de la loi précitée qui introduit dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, les dispositions des lois et règlements français relatifs à l'organisation, la discipline et la comptabilité notariales, exclut expressément l'application de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, de toutes les dispositions relatives à la cession à titre onéreux ou gratuit des offices de notaires et des articles 35

(284) C.E., 23 juin 1893, Desprez, S. 1895.3.57.

(285) C.E., 22 mars 1901, Roz et Herpin, S. 1902.3.1, note HAURIUO.

(286) T.C., 27 novembre 1952, Préfet de la Guyane, J.C.P. 1953.II.7598, note VEDEL.

(287) Cours précité.

(288) M. VEDEL parle d'« office public ».

et 36 de la loi du 25 ventôse An XI, réglant les conditions d'admission aux fonctions de notaire. Dans les trois départements recouverts, la nomination d'un notaire n'est pas consécutive à la présentation par son prédécesseur, mais en application de l'article 4 de la loi du 17 juillet 1925, ce droit de présentation appartient à une commission composée : du président de la Cour d'Appel, du Procureur général près ladite Cour, du président et du syndic de la Chambre des Notaires de l'arrondissement judiciaire et du directeur de l'Enregistrement du département.

Le cas des notaires en fonction dans le reste de la Métropole est différent.

Bien que pour certains auteurs, les notaires apparaissent comme dotés de la qualité d'agents publics placés dans une situation légale et réglementaire et investis d'une compétence liée (289), cette position déjà contestée à l'époque (290), ne reflète plus l'opinion de la doctrine et de la jurisprudence contemporaines. En effet, certains traits caractéristiques de leur statut s'apposent à la qualification d'agents publics (291). Certes, leur emploi est permanent, mais ils constituent une organisation autonome existant en dehors des cadres administratifs et jouissant d'une certaine indépendance vis-à-vis de l'Administration (292). Ils ne sont pas rémunérés par l'Etat, mais par ceux qui recourent à leur ministère, suivant des tarifs légaux. D'autre part, sur le plan disciplinaire, ils relèvent de leur « corporation », personne morale dotée d'un pouvoir disciplinaire sur ses membres. Enfin, sur le plan de la responsabilité, les notaires relèvent des règles du droit civil. A cet effet, d'ailleurs, ils versent un cautionnement qui répond des fautes de leur charge. La distinction de la faute personnelle et de la faute de service ne s'applique donc pas dans le cadre de la responsabilité des notaires vis-à-vis de leurs clients et des tiers. Dans la mesure où ils ne peuvent être suspendus ou destitués que pour faute disciplinaire, appréciée suivant une procédure qui leur est propre (293), ils bénéficient d'une sorte d'inamovibilité. Notons que le temps passé dans un office ministériel ne compte pas comme ancienneté dans la fonction publique. Le commissaire du Gouvernement Latournerie, dans ses conclusions dans l'arrêt Jolivet (294) reconnaissant que « leur qualité même d'officier ministériel et la nature de leurs attributions notam-

(289) LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd., T. I, p. 578. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 10^e éd., pp. 63 et suiv. JÈZE, *Principes généraux*, 3^e éd., T. II, p. 261. HAURIU, *Précis de droit administratif*, 12^e éd., pp. 767-768.

(290) BEQUET, *op. cit.*, Rubrique « Fonctionnaire public », n° 33.

(291) MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, n° 165, p. 157.

(292) C.E., 10 novembre 1916, *Passion et Porte, Rec.*, p. 439.

(293) La jurisprudence administrative s'estime incompétente pour connaître des actes de surveillance exercés à titre disciplinaire par les parquets sur les notaires. C.E., 13 décembre 1929, *Brisdoux, Rec.*, p. 1108.

(294) Concl. LATOURNERIE, C.E., 19 octobre 1934, *Jolivet*, S. 1935.3.67.

ment l'authenticité que le propre de leur ministère est d'imprimer aux actes qu'ils reçoivent, indiquent nettement qu'ils collaborent à un véritable service public » ne leur déniait pas moins la qualité de « fonctionnaire public ». Sans doute l'article premier de la loi du 25 ventôse an XI leur attribue-t-il cette qualité (295). Mais, déclarait le commissaire du Gouvernement, « la prescription en question n'a certainement pas d'autre portée que de reconnaître, précisément, que ces officiers ministériels sont, pour reprendre les expressions d'anciens textes, chargés d'un ministère de service public, ce qui n'emporte pas nécessairement l'attribution aux intéressés de la qualité de fonctionnaire public ». Reconnaisant l'originalité de la situation des officiers ministériels, M. Latournerie ne la considérait cependant pas comme exceptionnelle, car elle était analogue à celle des concessionnaires de service public qui gèrent eux aussi un service public, sans perdre pour autant leur caractère privé.

Dans une note au *Recueil Sirey*, en 1943, M. Rousseau adopta une solution identique (296). Dans un litige relatif à l'application de l'article 5 de la loi du 13 août 1940 interdisant l'accès de la fonction publique aux membres des anciennes associations secrètes, désormais dissoutes, la Cour de cassation décida que l'expression « fonctionnaire public » employée par l'article 5 précité devait être entendue dans le sens le plus large englobant notamment les notaires. Il est vrai que ce caractère de généralité reconnu à la loi du 13 août 1940 se justifiait dans la mesure où il s'appliquait aux services concédés ainsi qu'aux entreprises subventionnées de toutes les collectivités publiques. De telle sorte qu'on ne devait pas en conclure que la Cour de cassation assimilait en principe les notaires aux fonctionnaires. En l'occurrence, s'agissant d'un texte spécial, la Cour prenant en considération l'intention du législateur qui avait entendu donner la plus large portée au texte édicté, avait simplement voulu soumettre également les notaires aux dispositions de ce texte. Car, comme le rappelle M. Rousseau, même à l'époque où la jurisprudence judiciaire qualifiait de fonctionnaire public : « non seulement les citoyens revêtus à un degré quelconque d'une portion de la puissance publique, mais encore ceux qui, investis d'un mandat public, soit par une élection régulière, soit par une délégation du pouvoir exécutif, puisent dans ce mandat le droit de concourir à la gestion des affaires de l'Etat (297), elle refusait d'étendre cette formule aux notaires, ceux-ci n'ayant reçu d'aucune autorité publique le mandat de concourir à la gestion des affaires de l'Etat ».

De son côté, dans son avis du 24 janvier 1935 relatif à l'interprétation de la loi du 19 juillet 1934, sur l'accès des naturalisés aux fonctions publiques, le Conseil d'Etat a placé les notaires en dehors

(295) Il y a lieu de signaler que l'ordonnance du 2 novembre 1945 a substitué à l'expression « fonctionnaire public », celle d' « officier public ».

(296) Note sous Cass. crim., 2 décembre 1942, S. 1943.1.101.

(297) Cass. crim., 29 mai 1886, S. 1888.I.489.

des « personnes qui sont comprises dans les cadres permanents d'une administration publique et qui perçoivent un traitement, une solde ou une rétribution soumis à retenue pour constitution d'une pension de retraite » (298).

M. Rousseau a noté que certaines décisions de jurisprudence civile refusaient aux notaires la qualité de fonctionnaire public ou se refusaient à tirer de la notion de fonctionnaire public, sur le plan de la répartition des compétences juridictionnelles, toutes les conséquences que cette notion semble devoir impliquer. Ainsi, une jurisprudence constante a refusé d'étendre aux notaires le bénéfice de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la diffamation. La Cour de cassation a considéré que « les notaires ne sont chargés d'aucune partie de l'administration publique et n'exercent leur ministère que dans des intérêts privés » (299). Dans une autre affaire, elle a estimé que « bien qu'elles soient conférées par le Gouvernement, les fonctions attribuées aux notaires ne leur donnent cependant aucune autorité sur les citoyens : ils ne peuvent donc être considérés comme dépositaires ni comme agents de l'autorité publique, ni comme chargés d'un service ou mandat public » (300). Attitude d'autant plus remarquable, estime M. Rousseau que, dans leur application de la loi de 1881, les tribunaux ont toujours fait prévaloir une interprétation extensive, considérant comme fonctionnaire au regard de ce texte, non seulement celui qui est associé d'une manière permanente et normale au fonctionnement d'un service public, mais encore les députés et sénateurs et tout citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent (un juré ou un témoin à raison de sa déposition) (301).

Mais, par ailleurs, M. Rousseau a relevé dans la jurisprudence judiciaire des décisions qui ont reconnu à divers titres le caractère public des notaires. Ainsi, est-il fait application de l'article 258 du Code pénal qui punit le délit d'immixtion dans les fonctions publiques, à l'agent d'affaires qui, par l'apparence et l'imitation des formes notariales, surprend la confiance des parties (302). De même, la jurisprudence civile étend aux notaires l'article 197 du Code pénal relatif à l'exercice de l'autorité publique illégalement anticipé ou prolongé (303). Pour concilier ces deux groupes de décisions, il faut se rappeler que d'une manière générale, en droit pénal, la détermination de la qualité de fonctionnaire n'est pas constante. Comme le disait M. Donnedieu de Vabres, l'interprétation de ce mot varie suivant ses effets légaux (304). Ce qui d'ailleurs ne s'oppose pas à ce

(298) -Nouv. Rev. Droit intern. privé, 1935, p. 180.

(299) Cass. crim., 21 juin 1884, S. 1886.1.239.

(300) Cass. civ., 17 novembre 1913, S. 1917.I.161, note NAQUET.

(301) Cf. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., T. V, p. 429.

(302) Cass. crim., 13 décembre 1894, S. 1896.1.249.

(303) Colmar, 25 mai 1858, S. 1859.2.386.

(304) *Supra*, n° 23.

que, au regard des définitions que nous avons adoptées, nous ne considérons pas les notaires comme des agents publics, et encore moins comme des fonctionnaires.

92. — Par contre, il est permis de se demander si les *greffiers*, eux, ne seraient pas plus proches de la condition des agents publics que les autres officiers ministériels. Leur condition juridique est mixte (305). A certains points de vue, ce sont vraiment des agents publics tandis qu'à d'autres ce sont des particuliers au même titre que les autres officiers ministériels. Officiers publics, qui ne peuvent être ni récusés, ni désavoués, leurs affirmations et constatations font foi jusqu'à inscription de faux. Bien que propriétaires de leur charge, ils reçoivent un traitement de l'Etat auquel s'ajoute une rémunération suivant un certain tarif pour les services rendus aux particuliers. Soumis à l'autorité des tribunaux auxquels ils sont attachés et à la surveillance du ministère public, ils relèvent normalement du pouvoir disciplinaire des présidents des Cours et des Tribunaux. Mais, en cas de faute grave, ils peuvent être révoqués ou destitués par décret (306).

SECTION II

LES AGENTS DE DROIT PRIVÉ (307)

Le deuxième grand groupe d'agents au service de personnes publiques est constitué par différentes catégories de personnes qui, bien que participant activement à des activités publiques, continuent à être soumises aux règles du droit commun. Comme dans le groupe des agents publics, nous allons trouver des agents contractuels, des agents statutaires et des collaborateurs occasionnels.

§ 1. — Les agents contractuels de droit privé.

93. — Ayant consacré de larges développements au critère de distinction des agents contractuels de droit public et des agents contractuels de droit privé, nous renvoyons sur ce point à nos précédentes explications (308). Dans le cadre des services publics administratifs, nous avons vu que, mis à part certaines fonctions qui, par leur nature, ne pouvaient être soumises qu'au droit public en général, les agents recrutés sur la base d'un contrat étaient régis par le droit privé, sauf lorsque ledit contrat contenait des clauses exorbitantes du droit commun. S'agissant d'autre part, des services

(305) GLASSON et TISSIER, *Traité de procédure civile*, 1925, T. I, pp. 351 et suiv.

(306) Loi du 20 avril 1810, art. 62.

(307) Dans la suite de notre étude, il nous arrivera pour la commodité de l'exposé d'utiliser indifféremment les expressions « agents privés » et « agents de droit privé ».

(308) *Supra*, n° 51 et suiv.

publics industriels et commerciaux, en dehors du titulaire du « plus haut emploi » et du personnel comptable ayant la qualité de comptable public, tous les agents sont des agents de droit privé. De même sont des agents contractuels de droit privé le personnel des entreprises nationalisées non soumis à un statut spécial (309).

§ 2. — Les agents « statutaires » de droit privé.

94. — S'il apparaît normal que des personnes recrutées sur des bases contractuelles par des personnes publiques demeurent soumises au droit privé, il peut sembler étonnant que les mêmes règles soient applicables à des agents dont la condition juridique est déterminée par un statut législatif ou réglementaire. Mais comme nous le verrons par la suite, des sources juridiques distinctes ne sont pas inconciliables avec des règles de droit identiques, car des « formes » différentes ne déterminent pas nécessairement des règles de « fond » différentes (310).

La plupart des ouvriers des services publics sont, nous l'avons vu, soumis à des statuts, mais tous ne sont pas des agents publics. Il en est de même du personnel des principales entreprises nationalisées. Pour les autres, il a été stipulé que leur personnel serait régi par les règles générales du droit du travail. Cette sujétion pure et simple sans autre précision au droit commun est également applicable au personnel des services publics, industriels et commerciaux qui, bien que nommés en vertu d'un acte administratif, ne sont pas soumis au droit public.

A. — OUVRIERS STATUTAIRES DES SERVICES PUBLICS ADMINISTRATIFS

95. — Outre les ouvriers contractuels des services publics, qu'ils soient proprement administratifs, ou industriels et commerciaux, qui sont des agents privés (311), il en est qui, tout en étant soumis à un statut, sont cependant des agents privés car ils ne sont que temporairement au service des personnes publiques. C'est le cas notamment des ouvriers temporaires employés en régie par les services des Ponts et Chaussées, des ouvriers auxiliaires temporaires travaillant dans les Manufactures des Gobelins, de Beauvais, de Sèvres, du personnel ouvrier auxiliaire des P.T.T., des ouvriers temporaires des services de la Défense nationale et des services ressortissant du ministère des Finances (Monnaies et Médailles, Atelier général du Timbre, Manufacture des Tabacs et Allumettes (312), Imprimerie nationale) (313).

(309) *Infra*, n° 96.

(310) Voir sur ce point EISENMANN, *Cours doctorat*, 1953-54, pp. 34 et suiv.

(311) C.E., 24 mars 1905, Vauthron, *Rec.*, p. 308. C.E., 6 mars 1921, Mourgues, *Rec.*, p. 450. C.E., 18 avril 1956, Lochèze, R.D.P. 1956.914.

(312) C.E., 22 juin 1910, Vidal, *Rec.*, p. 489.

(313) Voir LEVY, thèse citée, pp. 199 et suiv.

B. — LE PERSONNEL DES ENTREPRISES NATIONALISÉES (314).

96. — Le décret du 1^{er} juin 1950 (315) énumère parmi les entreprises publiques dont le personnel est soumis, pour les conditions de travail relevant des conventions collectives, à un statut législatif ou règlement particulier, un certain nombre d'entreprises nationalisées (316). Comme le fait remarquer M. Boulouis (317), il en résulte *a contrario* que relèvent du droit commun, sauf dispositions contraires des lois de nationalisation, le personnel des banques à l'exception de celui de la Banque de France (318) et de la Banque d'Algérie celui des compagnies d'assurances, des usines de constructions aéronautiques et celui de la Régie Renault (319). Ce principe ne s'applique pas au directeur général et aux administrateurs, ainsi que nous l'avons vu précédemment (320). Par ailleurs, cette sou-

(314) Voir *Bibliographie* citée, note 217 *adde.* DURAND, Aux frontières du droit étatique et de la convention collective : « Le Statut du personnel » et la théorie des sources du droit du travail, C.J.G.E., 1954, p. 99.

(315) *Supra*, note 32.

(316) Parmi celles-ci se trouve notamment la S.N.C.F., société nationale d'économie mixte à la suite de la nationalisation des chemins de fer effectuée en 1937. Les agents de la S.N.C.F. au même titre que les agents d'autres sociétés d'économie mixte ont toujours été considérés comme des agents privés. En exécution du décret du 1^{er} juin 1950, un autre décret du même jour a, d'une part déterminé les conditions dans lesquelles le statut des relations collectives entre la S.N.C.F. et son personnel serait élaboré et approuvé et, d'autre part confié au conseil d'administration de la S.N.C.F. le soin de fixer, avec l'agrément ministériel, les échelles de traitements et salaires de ce personnel. La légalité de ce décret fut contestée par la Fédération des syndicats chrétiens des cheminots. Cette dernière soutenait que la S.N.C.F. était une entreprise dont le personnel était régi par des conventions collectives du travail et que le Gouvernement avait excédé ses pouvoirs en la rangeant au nombre des entreprises publiques dont le personnel était soumis à un statut législatif ou réglementaire particulier. Par un arrêt du 8 novembre 1957 (A.J. 1957.II, p. 490) le Conseil d'Etat a rejeté cette requête. L'arrêt relève que le Gouvernement tenait de l'article 7 de la loi du 17 août 1948 le pouvoir de déterminer les règles de fonctionnement des sociétés nationales : le décret attaqué ayant respecté les formes requises a donc pu légalement décider que le personnel de la S.N.C.F. serait régi par un statut particulier (cf. *infra*, n° 139).

(317) *Jurisclassueur administratif*, fasc. 157, n° 5 et suiv.

(318) Alors que la loi du 2 décembre 1945 (art. 19) stipule qu'il n'est rien changé au statut du personnel des banques nationalisées, y compris la Banque de France, celle-ci échappe cependant au champ d'application de la loi du 11 février 1950. Son personnel reste donc régi par le statut issu de la loi du 24 juillet 1936 (voir KASMIERCZAK, *op. cit.*, p. 195, note 1).

(319) Il s'agit en somme du personnel des entreprises nationalisées « commercialistes ».

(320) Cf. *supra*, n° 68 et suiv. Nous ne partageons cependant pas l'opinion de M. KASMIERCZAK (*op. cit.*, p. 199) qui, pour justifier cette exception, soutient que le personnel dirigeant ne peut être considéré comme des membres du personnel au sens strict du terme. Ce n'est pas parce qu'ils sont nommés par des actes administratifs qu'ils ne sont pas au service de l'entreprise, même s'ils n'en sont pas des préposés au même titre que le personnel subalterne (cf.

mission au droit commun qui résulte de l'article 19 de la loi du 2 décembre 1945 pour le personnel des banques, de l'article 23 de la loi du 25 avril 1946 pour le personnel des assurances (321), de l'article 2 du décret du 7 mars 1945 pour le personnel de la Régie Renault (322) est atténuée par certaines particularités propres à chaque profession (323). Elle cesse de s'appliquer en ce qui concerne le régime de participation des travailleurs à la gestion des entreprises. Mais la gestion « tripartite » des entreprises nationalisées ne deviendrait-elle pas un jour prochain un procédé de droit commun s'agissant des entreprises privées ? (324). Dans ces conditions, les divers personnels ci-dessus énumérés entrent dans la catégorie des agents contractuels de droit privé. Il y a d'ailleurs lieu d'y classer également le personnel navigant d'Air France, bien que cette entreprise publique soit exclue du champ d'application de la législation des conventions collectives. La loi du 4 avril 1953 portant statut du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile attribue compétence aux tribunaux de commerce pour connaître des litiges intéressant le personnel soumis à ce statut, qui par ailleurs prévoit la signature de contrats de travail (325).

97. — Il nous reste à examiner les personnels de certaines entreprises nationalisées qui sont soumis à un statut spécial. Il s'agit du personnel des mines et du gaz et de l'électricité, c'est-à-dire du personnel d'établissements publics industriels et commerciaux.

Lors des débats parlementaires qui aboutirent à la nationalisation des industries du gaz et de l'électricité, il fut affirmé à plusieurs reprises que cette nationalisation ne devait entraîner « ni étatisation,

situation des membres de conseil d'administration d'une entreprise privée). Qu'il s'agisse d'une entreprise privée ou d'une entreprise publique, personnel dirigeant et personnel subalterne sont au service de l'« institution » constituée par l'entreprise.

(321) Le personnel des assurances est régi par le « Règlement de la main-d'œuvre des assurances » complété par un « Règlement de la commission régionale paritaire du travail et de la main-d'œuvre des assurances ».

(322) Le personnel de la Régie est désormais soumis au « contrat d'entreprise » du 15 septembre 1955 qui a d'ailleurs servi de modèle à d'autres accords d'établissements ou conventions collectives (voir JAUSSAUD, L'Accord Renault du 15 septembre 1955, D.S. 1956.16) et a été renouvelé en 1958.

(323) La loi du 11 août 1936 relative à la nationalisation des usines de matériel de guerre n'a pas touché à la nature des relations qui unissaient le personnel à ces entreprises.

(324) Cf. expérience allemande de cogestion et les projets tendant à faire entrer des représentants du comité d'entreprise au conseil d'administration (*Le Monde*, 5 novembre 1957 et 26 novembre 1959).

(325) MALEZIEUX, Statut du personnel navigant de l'aéronautique civile, *Rev. Fr. de dr. aérien*, 1953, p. 153. Quant au personnel « à terre » d'Air France, il relève du statut du personnel chargé de l'exploitation des aérodromes de la circulation aérienne et des télécommunications aériennes tel qu'il résulte du R.A.P. du 7 juin 1948, pris en application de l'article 2 de la loi du 19 octobre 1946, et de ce fait ces agents sont des fonctionnaires.

ni fonctionnarisation » (326). De telle sorte qu'à l'occasion d'une médiation qu'il fut appelé à effectuer dans un litige relatif au personnel d'Electricité de France, M. Grünebaum-Ballin déclara : « Les agents des services nationalisés n'exercent pas une fonction publique et ne sont pas des fonctionnaires. Ils sont régis par des conventions collectives ou des statuts réglementaires approuvés par le Gouvernement. La nationalisation n'a eu aucunement pour effet de faire passer les agents dans la catégorie des fonctionnaires » (327).

98. — Avant la nationalisation, au même titre que tout personnel d'un concessionnaire d'un service public, les agents des industries gazières et électriques étaient en principe soumis au droit commun (328). Le même principe s'appliquait au personnel minier, les entreprises minières étant également concessionnaires. Lors de l'élaboration des dispositions législatives relatives aux nationalisations de ces deux catégories d'entreprises, le législateur a invité impérativement le Gouvernement à procéder par voie réglementaire à l'instauration d'un statut particulier au personnel de ces entreprises nationalisées. S'agissant du personnel des exploitations minières et assimilées, la loi du 14 février 1946 a prévu, dans son article unique, la dotation au personnel titulaire à dater du 1^{er} janvier 1946 d'un statut dont les dispositions devaient être arrêtées par décret après consultation d'une commission permanente du statut, composée des délégués qualifiés des organisations syndicales les plus représentatives. Parallèlement, l'article 47 de la loi du 8 avril 1946 relative à la nationalisation des industries gazières et électriques a prévu la détermination par décret d'un statut national qui devait être soumis à l'examen du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz (329). C'est dans ces conditions qu'un décret du 14 juin 1946 a déterminé le statut du personnel des exploitations minières et assimilées (330) et un autre en date du 22 juin 1946 a approuvé les

(326) J.O., débats parlem. Ass. nat., 28 mars 1946, pp. 1101 et 1104.

(327) GRUENBAUM-BALLIN. Exposé des motifs de l'accord du 11 juin 1947 D.S. 1947, p. 287, et *Rev. Electr. Gaz* 1947.386.

(328) L'exception la plus notable à ce principe était relative au personnel de la Compagnie Parisienne d'Electricité qui était doté d'un statut semblable à celui des fonctionnaires. De telle sorte qu'environ 1/5 des agents des entreprises transférées bénéficiaient d'un régime qui les assimilait à des fonctionnaires municipaux (voir GRUENBAUM-BALLIN, art. précité, p. 387).

(329) Ce procédé de l'invitation législative n'était pas nouveau. Déjà, avant-guerre, la loi du 26 mars 1937 avait confié la tâche d'élaborer un statut du personnel des Caisses d'épargne, établissements d'utilité publique, à une commission paritaire.

(330) A la suite de la modification par les décrets des 12 juin 1947 et 19 novembre 1948 de l'article 17 du décret du 16 janvier 1947, le personnel des Charbonnages de France se trouve dans une situation « équivoque ». Le nouvel article 17 a bien prévu qu'un statut de ce personnel serait fixé par arrêté ministériel après avis du conseil d'administration de l'établissement, mais ce statut n'est jamais intervenu. De telle sorte que la situation juridique du personnel pose un problème insoluble. N'étant plus soumis au droit commun (décret du 1^{er} juin 1950) sans être pour autant rattaché au statut de la fonc-

dispositions du statut national du personnel des entreprises gazières et électriques.

99. — Il ne faut cependant pas s'apesantir sur la nature juridique de l'avis donné par les organisations syndicales et dénoncer le caractère platonique de leurs interventions (331). Comme le fait remarquer M. Durand (332), le statut national du personnel de l'E.D.F. et G.D.F., comme celui des Mines, a été établi alors que des liens étroits unissaient la puissance publique, l'entreprise nationalisée et les organisations syndicales ouvrières. Les décrets ont été pris après une discussion et en accord avec les organisations syndicales, même si, juridiquement le Gouvernement n'était pas tenu par l'avis donné par ces organisations. Ainsi, si dans l'ordre juridique, le statut présente bien un caractère réglementaire, il n'y a pas lieu d'exagérer dans l'ordre sociologique, le caractère unilatéral du statut qui, comme nous le verrons ultérieurement, apparaît très voisin d'une convention collective agréée (333).

100. — Il faut envisager maintenant le caractère de ce statut réglementaire. Relève-t-il du droit privé ou du droit public ?

Il y a lieu, au départ, d'éviter de se laisser abuser par des termes qui ont une résonance de droit public (statut, recrutement, avancement, titularisation, etc.) et qui se trouvent abondamment dans les textes applicables au personnel des entreprises nationalisées (334). S'il est vrai que cette terminologie évoque plus le statut de la fonction publique que le régime de droit commun (335), il ne faut pas en conclure précipitamment que la signification des dispositions que renferment, dans le statut, ces différentes rubriques est plus dérogatoire à celles du droit privé qu'elle ne leur est similaire.

En effet, le décret du 16 janvier 1947 (art. 17) a bien précisé que « le personnel des Houillères de Bassin est placé en ce qui concerne ses droits et obligations, sous le régime applicable aux salariés des entreprises privées ». De même, l'article 47 de la loi du 8 avril 1946 dispose que le statut national du personnel des entreprises gazières et électriques « ne peut réduire les droits acquis... mais peut les améliorer ».

La doctrine reconnaît d'ailleurs la soumission de principe au droit privé du personnel soumis à ces statuts (336). Cette soumis-

tion publique, ni à un statut particulier, ce personnel n'est plus soumis à aucun statut défini. Voir sur ce point RIVERO, *op. cit.*, n° 778 ; DELESALLE, *op. cit.*, p. 19 ; KASMIERCAK, *op. cit.*, p. 194, note 1.

(331) DELESALLE, *op. cit.*, pp. 90 et suiv.

(332) DURAND, art. précité, G.J.E.G., 1954, p. 100.

(333) Voir *infra*, n° 142.

(334) LEVASSEUR, art. cité, p. 343.

(335) DELESALLE, *op. cit.*, p. 90.

(336) WALINE, De quelques difficultés relatives au champ d'application et à la portée du statut national des industries électriques et gazières, C.J.E.G., 1952, p. 262. BOULOUIS, *Jurisclasseur administratif*, fasc. 157, n° 94. LEVASSEUR, article cité, p. 344. Concl. LONG dans C.E., 26 octobre 1956, Sarre, A.J. 1957.II, p. 461.

sion est conforme d'ailleurs au principe de l'application du droit privé aux agents d'un concessionnaire de service public (337). Comme le fait remarquer M. Durand (338), les statuts confèrent simplement au personnel le bénéfice d'un statut plus favorable que celui résultant du droit commun. Mais aucune de ses dispositions ne serait inconcevable dans un pur contrat de droit privé, « ou faudrait-il admettre que tout contrat qui accorderait aux travailleurs des conditions préférables à celles du droit commun cesserait d'être régi par le droit privé ? ». Toutes les dispositions du statut peuvent se retrouver dans des conventions collectives. Sans doute, le statut du personnel est-il impératif et unilatéral puisque contenu dans un décret. Mais, comme nous le verrons par la suite, les règles imposées aux salariés privés par des décrets, des arrêtés ministériels ou par des conventions collectives étendues présentent le même caractère statutaire. Ainsi la soumission au droit privé est-elle compatible avec une situation réglementée par le pouvoir exécutif (339), d'autant plus qu'en dehors du contrat de travail, nombreuses sont les situations contractuelles de droit privé qui sont régies pour une large part par une loi ou un règlement : statut du fermage, baux à loyer, contrat d'assurance (340). De telle sorte que le personnel des entreprises nationalisées doté d'un statut spécial apparaît placé dans une « situation réglementaire de droit privé plutôt que contractuelle » (341).

Cette attitude est d'ailleurs conforme à la jurisprudence tant du Conseil d'Etat (342) que de la Cour de cassation (343).

101. — Il faut signaler que le droit commun du travail est toujours à l'arrière-plan des statuts réglementaires. Le décret du 22 juin 1946 après avoir posé dans son article 1^{er}, qu'il s'applique à tout le personnel (ouvriers, employés, agents de maîtrise, cadres techniques et administratifs) range ce personnel dans deux groupes (art. 2) : les agents statutaires et les agents temporaires. Or, seuls les agents statutaires bénéficient de l'ensemble du statut puisque s'agissant des agents temporaires, en application de l'article 5, ils sont renvoyés « aux conditions générales applicables aux travailleurs de l'industrie privée » en ce qui concerne certains points énumérés : durée du travail, congés payés, sécurité et rémunération. Pour le surplus, les agents temporaires sont soumis au statut. Mais même en ce qui concerne les agents statutaires, les dispositions du droit commun se trouvent sous-jacentes à celles du statut (344).

(337) Commentaire anonyme sur le statut de l'E.D.F., D.S. 1947, p. 472.

(338) Note sous Poitiers, 19 janvier 1949, D.S. 1949, p. 343.

(339) DUFAY, article cité, p. 11.

(340) FUSILIER, article cité, R.D.P. 1956, p. 519.

(341) De LAUBADÈRE, D.A., 2^e éd., n° 1203, p. 613.

(342) C.E., 22 janvier 1954, Wittwer, *Rec.*, p. 42.

(343) Ch. civ. (sect. soc.), 17 novembre 1955, D.S. 1956, p. 212.

(344) DURAND, art. cité.

La réglementation technique du travail dans les entreprises nationalisées est assimilable à celle du droit commun. De telle sorte que M. Delesalle note que des « divergences dans le détail révèlent une différence de degré et non une différence de nature » (345). Pour M. Durand, il n'est pas douteux que le personnel soumis au statut est également régi par les règles générales de la législation du travail. Le personnel bénéficiaire du statut national ne possède pas la qualité d'agent public et se trouve lié à l'entreprise publique par un contrat de travail de droit privé. Il ne peut donc être soustrait à la législation du travail d'autant plus qu'aucune disposition de la loi de nationalisation n'exclut l'application des règles du droit commun au personnel de l'E.D.F. et du G.D.F.

Telle est d'ailleurs la conception de la Cour de cassation qui a reconnu le rattachement au droit commun des salariés du personnel d'E.D.F. et du G.D.F. au regard des textes du Livre IV du Code du travail relatifs aux conseils de prud'hommes (346). Cette solution découlait logiquement de l'attitude du Conseil d'Etat qui, par un arrêt du 10 mars 1950 (347) se déclarait incompétent pour connaître « d'un litige présentant le caractère d'un différend entre employé et employeur ». S'agissant de l'application du droit commun du travail au personnel des entreprises minières et assimilées, le Conseil d'Etat par un avis émanant des sections des travaux publics et de la section sociale réunies, du 31 octobre 1950, déclare que « le statut réglementaire du 14 juin 1946 n'exclut pas l'existence de contrats individuels de travail conclus dans le cadre du statut » (348).

Cette interprétation semble également conforme à l'esprit du législateur puisque par des dispositions spéciales, il a jugé nécessaire d'exclure l'application de certains textes (349). C'est bien que, faute d'une disposition de ce genre, les règles générales du droit du travail se seraient appliquées au personnel de toutes les entreprises nationalisées.

L'indépendance du statut à l'égard de la législation du travail se comprendrait d'autant moins que ce statut s'étend également au personnel des entreprises privées exclues de la nationalisation (350). Ainsi l'article 47 de la loi du 8 avril 1946 a défini le champ d'application du statut national du personnel des industries élec-

(345) DELESALLE, *op. cit.*, p. 89.

(346) Civ. sect. soc. 12 juillet 1950, G.P. 1950.2.196. Sur l'évolution jurisprudentielle dans ce domaine, voir KASMIERCZAK, *op. cit.*, p. 207.

(347) C.E., 10 mars 1950, Mathieu, *Rec.*, p. 155.

(348) C.D.J., 1951, p. 188.

(349) Notamment ceux relatifs aux conventions collectives et à la conciliation et l'arbitrage des conflits collectifs du travail jusqu'à la loi du 25 juillet 1957.

(350) C.E., Soc. Verr. St-Antoine, 16 octobre 1953, *Rec.*, p. 443.

triques et gazières (351) : « Ce statut s'appliquera à tout le personnel de l'industrie électrique et gazière, y compris les usines exclues de la nationalisation par l'article 8 » (352). De même, le statut du mineur du 14 juin 1946 pris en application de la loi du 14 février 1946, donc antérieurement à la nationalisation des mines (loi du 17 mai 1946), s'applique en dehors des entreprises nationalisées à tout le personnel des établissements miniers (mines non nationalisées, minières, ardoisières, exploitations de bauxite) affilié à la Caisse autonome de retraites des ouvriers mineurs. Il est vrai que la situation du personnel des entreprises nationalisées doté d'un statut n'est pas entièrement assimilable à celle des salariés ordinaires, le statut national apparaissant en quelque sorte comme une source autonome de réglementation professionnelle (353). Ce statut comporte, en effet, des dispositions spéciales distinctes du droit privé relatives au recrutement et à l'avancement, à la représentation au sein des commissions du personnel, aux avantages sociaux, à la discipline et au mode de rémunération. Faut-il en conclure pour autant que le statut de ce personnel apparaît dans de telles conditions plus proche du droit public que du droit privé (354) ? Nous ne le croyons pas. Et nous nous permettons d'emprunter ces quelques lignes à M. Delesalle qui pourtant, par ailleurs, semble avoir été sensible à cette idée de rapprochement (355) avec le droit de la fonction publique : « Loin d'infléchir le statut qui le fait ressortir vers le droit public, elles (ces dérogations) renforcent en quelque sorte le principe du droit privé qui le caractérise par la résonance syndicaliste dont elles témoignent ; seulement, propres filles de la démocratie économique, les entreprises nationalisées se devaient d'être socialement plus évoluées que les entreprises proprement dites du secteur privé, héritières de la démocratie politique » (356).

102. — Dans ces conditions, la situation du personnel doté d'un statut dans les entreprises nationalisées nous semble une illustration de l'évolution générale tant du droit de la fonction publique vers un rapprochement avec le droit du travail que du mouvement inverse qui rapproche la condition des salariés privés de celle des agents des personnes publiques. Le statut des agents des entreprises natio-

(351) BORDIER, *Le Champ d'application du statut national du personnel des industries électriques et gazières*, D.S. 1952, p. 671.

(352) Sous réserve de certaines exceptions prévues par ce même article et compte tenu de sa modification par la loi du 2 août 1949.

(353) DUBAU, art. cité, p. 11. Nous verrons par la suite la place du statut comme source de droit du travail.

(354) RIVERO, *op. cit.*, n° 643. FUSILIER, art. cité, *Rev. pol. et parlem.*, 1955, p. 263.

(355) L'auteur parle d'un compromis réalisé par le statut entre le droit public et le droit privé (pp. 199 et suiv.).

(356) *Op. cit.*, p. 16.

nalisées entre ainsi dans le cadre de cette « privatisation » du droit de la fonction publique que nous avons eu l'occasion de signaler et que nous retrouverons tout au long de notre étude. A l'opposé s'inscrit le mouvement inverse de la « publicisation » du droit du travail (357).

C. — CERTAINS AGENTS DES SERVICES PUBLICS INDUSTRIELS
ET COMMERCIAUX NOMMÉS EN VERTU D'UN ACTE ADMINISTRATIF.

103. — Par suite de l'amenuisement de la notion de « personnel de direction » dans les services publics industriels et commerciaux d'une part (358), et d'autre part, du rejet de la nature de l'acte de nomination comme critère du droit applicable à l'agent (359), nombreux sont à l'heure actuelle les agents qui, bien que nommés par un acte administratif n'en sont pas moins régis par le droit privé. S'il est vrai qu'ils ne sont pas régis par un statut au sens strict du terme, nous les considérons comme des agents statutaires pour les différencier des agents contractuels. Ils sont soumis à un statut au sens large, c'est-à-dire un ensemble de règles qui, en l'espèce, relèvent du droit privé.

§ 3. — Les collaborateurs soumis au droit privé.

Il s'agit de personnes privées qui occasionnellement se trouvent au service de personnes publiques. Cette collaboration est très brève et n'entraîne pas leur soumission aux règles du droit public car la nature de leur collaboration au fonctionnement d'un service public est parfaitement compatible avec l'application des règles du droit privé. Toutefois cette collaboration peut être imposée par une personne publique.

A. — COLLABORATEURS FORCÉS.

104. — Comme collaborateurs « forcés » au service public de la justice, bien que continuant à être soumis au droit privé, nous citerons les témoins et les avocats désignés d'office (360).

105. — Outre les personnes requises en application de l'article R. 30-15° (C.P.), de la loi du 5 avril 1884, de la loi du 3 mars 1822 et du décret du 4 janvier 1896 (361), il faut signaler le cas de per-

(357) Sur ce point DURAND, Naissance d'un droit nouveau, D.S. 1952, p. 437 et DUBAU, article cité, p. 13.

(358) Voir *supra*, n° 66.

(359) T.C., 13 janvier 1938, S. 1938.3.28, Eric de Mare. C.E., 2 février 1945, *Lect. Rec.*, p. 28. C.E., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, déjà cité.

(360) Il est vrai que la collaboration de l'avocat commis d'office est assez ténue, car il défend avant tout les intérêts de son client. Ce n'est que sur le plan des honoraires que sa situation se différencie de celle qu'il aurait eue s'il avait été choisi normalement par son client.

(361) Voir *supra*, n° 83.

sonnes requises dans une entreprise privée ou affectées à une entreprise privée en exécution de la loi du 11 juillet 1938, sur l'organisation de la Nation en temps de guerre. Leur situation est mixte, alors que nous avons vu que les personnes requises dans un service public étaient, elles, des agents publics. D'une part, en ce qui concerne la rémunération, les conditions de travail, la discipline, ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent, mais l'application de ces règles se trouve tempérée par l'application de règles spéciales se rattachant davantage à un statut de droit public, en matière d'obligations professionnelles et de sanctions pénales, éventuellement prononcées par des tribunaux militaires (362).

B. — COLLABORATEURS BÉNÉVOLES.

106. — La jurisprudence de ces dernières années a reconnu un droit à réparation du préjudice subi par un particulier du fait de sa collaboration bénévole à l'exécution d'un service public (363), sans qu'il y ait à distinguer s'il avait été prié ou non de prêter son concours (364). Et, parallèlement, elle a admis que cette collaboration engageait la responsabilité de l'Administration vis-à-vis des tiers (365). Mais, s'il est vrai que « le collaborateur bénévole peut être assimilé à l'agent public non seulement pour les dommages qu'il subit, mais encore pour ceux qu'il cause » (366), il n'en demeure pas moins que ces collaborateurs sont des personnes privées, soumises aux règles du droit commun et ne sont donc pas des agents publics.

Il faut signaler la conception particulièrement extensive que la jurisprudence administrative se fait du « collaborateur » d'un service public (367). Bien que n'ayant pas été personnellement requis, le propriétaire d'un matériel de battage, réquisitionné par la commission chargée de l'exécution d'un plan de battage départemental, qui a usé de la faculté offerte par la réglementation intervenue d'exploiter lui-même son matériel dans la zone qui lui a été assignée, doit être regardé comme ayant participé sous l'autorité de ladite commission à l'exécution d'un service public d'intérêt général (368). De telle sorte que l'entrepreneur a pu engager la responsabilité de

(362) PLANTEY, *op. cit.*, n° 78, p. 38.

(363) C.E., 22 novembre 1946, Commune de St-Priest-la-Plaine, D. 1947.375, note BLAEVOET.

(364) C.E., 17 avril 1953, Pinguet, D. 1954.7, note MORANGE.

(365) C.E., 22 mars 1957, Cie d'assurances « L'Urbaine et la Seine », A.J. 1957.II, p. 185.

(366) *Chronique de jurisprudence administrative* de MM. FOURNIER et BRAIBANT, A.J. 1957.II, p. 185.

(367) La collaboration à une activité privée d'une collectivité publique n'entraîne pas les mêmes conséquences (C.E., 30 octobre 1953, Bossuyt, *Rec.*, p. 177).

(368) C.E., 21 octobre 1949, Mutuelle du Mans, D. 1950.162, note WALINE.

l'Etat. Ainsi, comme le fait remarquer M. Waline, l'Etat répond du fait d'une personne qui n'est pas fonctionnaire, agent ni employé à un titre quelconque, qui n'est pas non plus requise, et qui n'est liée à lui par aucun contrat.

*
**

APPENDICE

Au terme de cette longue étude des différentes catégories d'agents des personnes publiques, il faut rapidement passer en revue différentes personnes qui, bien qu'en rapport avec les personnes publiques, ne peuvent être considérées comme étant leurs agents car, indépendamment même de tout lien de préposition, elles ne sont pas à proprement parler à leur service. Elles se trouvent donc exclues du domaine de notre étude.

Il s'agit des gouvernants, des concessionnaires, des entrepreneurs, des fournisseurs et des agents d'organismes privés gérant des services publics.

107. — La distinction entre *gouvernants* et agents est traditionnelle.

Pour Jèze, la « mission des gouvernements est de formuler les règles générales, c'est-à-dire de faire les lois et les règlements. Aux agents est réservée la tâche d'entrer en contact avec les individus et de prendre les décisions particulières. Ce sont des individus qui, sous l'autorité, le contrôle et la surveillance des gouvernants, prêtent leur concours à ces derniers pour l'accomplissement des fonctions étatiques » (1).

De son côté, Duguit a relevé l'impossibilité matérielle pour les gouvernants de remplir eux-mêmes toutes les charges qui leur incombent d'où la nécessité de se faire aider par des personnes agissant sous leur autorité (2).

Les gouvernants, détenteurs de l'autorité publique, sont des personnes qui, à la suite d'une désignation qui leur confère ou leur suppose une force politique propre (soit personnelle, soit par représentation), participent à la gestion des affaires publiques (3).

Selon l'expression de Jèze, face à ces « amateurs non-techniciens », se situent donc les « techniciens », à savoir les agents publics qui assurent la gestion des services publics ou participent au contrôle

(1) JÈZE, *Principes généraux*, 1904, p. 23.

(2) DUGUIT, *Etudes de droit public*, T. II : L'Etat, les gouvernants et les agents, 1903, p. 362.

(3) WALINE, D.A., 6^e éd., p. 323. VEDEL, Cours cité, p. 862.

de l'Etat sur un service public sans pour autant être des gouvernants.

Comme le fait remarquer M. Vedel, il arrive que des gouvernants assument en même temps un rôle administratif. Tel est le cas des ministres, chefs de leur administration. Mais le statut des gouvernants est toujours différent de celui des agents, s'agissant notamment des conditions de nomination et des conditions de mise en jeu de la responsabilité, qui sont dérogatoires par rapport au droit commun. Alors que le statut des gouvernants est un statut politique et constitutionnel, celui des agents est un statut de droit administratif (4).

108. — Le *concessionnaire*, lui, est un particulier chargé d'organiser et de faire fonctionner un service public. Il reste une personne privée et n'acquiert pas la qualité d'agent d'une personne publique. Car, précisément s'il a été chargé de la gestion d'un service public, c'est qu'on n'a pas jugé utile de créer un organe administratif à cette seule fin. Le concessionnaire reste en dehors de l'Administration avec laquelle ses rapports sont définis par le contrat de concession. Le rôle de la personne publique dans le cadre d'une concession est avant tout d'assurer une mission de contrôle et de surveillance, mais non de direction.

109. — Les *entrepreneurs* et *fournisseurs* sont liés à des personnes publiques par des contrats qui comportent une collaboration au service public beaucoup moins étroite que dans le cas de la concession. Ainsi, les entrepreneurs chargés de travaux publics par une personne publique et à plus forte raison les simples fournisseurs de denrées et autres articles nécessaires au fonctionnement d'un service public ne sont pas des agents de ces personnes publiques, car elles n'entretiennent pas avec celles-ci des « rapports de subordination dont l'existence est nécessaire pour caractériser le louage de services » (5).

Dans la mesure où leur employeur demeure une personne privée, les personnes à leur service ont la même qualité, même si les contrats administratifs renferment des dispositions en faveur du personnel du cocontractant de l'Administration.

110. — S'agissant des personnes au service d'organismes privés

(4) Le système français étant un système décentralisé et non un système fédéral, cette distinction n'est valable que pour l'Etat. On ne la retrouve pas sur le plan des collectivités locales, qui sont dépourvues du pouvoir législatif et qui ne sont pas placées sous les ordres d'une autorité politique locale. Ces collectivités font partie de l'Administration en tant qu'elles s'occupent de l'exécution des lois de l'Etat au sens large (cf. VEDEL, cours précité).

(5) C.E., 30 janvier 1957, Matras, *Rec.*, p. 75 : ni la circonstance qu'un entrepreneur était rémunéré sur une base journalière, ni le fait que les matériaux lui auraient été fournis par la commune, n'est de nature à suppléer à l'existence d'un lien de dépendance.

gérant un service public, leur qualité de personnes privées ne fait également aucun doute. Tel est le cas du « personnel des institutions de Sécurité sociale (qui) est lié auxdites institutions par des rapports de droit privé » (6). Les litiges relatifs à ces rapports ressortissent à l'autorité judiciaire, sans porter préjudice à la compétence administrative pour connaître des actes de contrôle du ministre (7).

L'expression « institutions de Sécurité sociale » demande à être précisée (8). Aux termes de l'ordonnance du 4 octobre 1945, l'organisation de la Sécurité sociale comprend : des caisses primaires, des caisses régionales, une Caisse nationale, des caisses d'allocations familiales, des directions régionales, une direction générale de la Sécurité sociale au ministère du Travail et des organisations d'assurances sociales agricoles, depuis la loi du 22 mai 1946.

Le personnel des caisses primaires, des caisses régionales, de leurs unions ou fédérations, et des caisses d'allocations familiales est régi par le droit privé, car ces caisses elles-mêmes, bien que collaborant à la gestion d'un service public, sont des organismes de droit privé, plus précisément des sociétés mutualistes. La qualité de personne privée de l'employeur entraîne *ipso facto* celle de salariés privés pour le personnel (9).

Par contre, le personnel de la direction générale de la Sécurité sociale au ministère du Travail et celui des directions régionales de la Sécurité sociale, qui sont des administrations d'Etat sans caractère industriel ou commercial, a la qualité d'agents publics et même de fonctionnaires si la condition de titularisation exigée par le statut de la fonction publique se trouve remplie. Selon M. Waline, il en serait de même pour le personnel de la Caisse nationale de Sécurité sociale qui constitue un établissement public proprement administratif.

(6) C.E., 23 janvier 1953, Audouin, J.C.P. 1954.II.7916, note VEDEL. T.C., 10 décembre 1956, Audouin, A.J. 1957, p. 93.

(7) Just. paix Toulouse-Centre, 19 février 1957, J.C.P. 1957.II.10232. T.C., 19 mai 1958, Albault, J.C.P. 1958.II.10658, note P.L.

(8) WALINE, Note sous arrêt Audouin précité, R.D.P. 1953.476 auquel nous empruntons les développements suivants.

(9) Dans l'arrêt Audouin précité (T.C., 10 décembre 1956, D. 1957.712), le commissaire du Gouvernement GUIONIN a réaffirmé le principe suivant lequel la distinction des emplois de direction ou comptables ne s'applique pas aux services publics à caractère industriel et commercial gérés par des personnes privées. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a récemment jugé que le directeur régional de la Sécurité sociale pas plus que le ministre du Travail ne dispose d'un pouvoir hiérarchique sur le personnel recruté par les caisses (C.E., 10 juillet 1957, Dir. Rég. de la Séc. soc. Bordeaux, R.D.P. 1957, p. 1108).

CHAPITRE II

LES AGENTS DES PERSONNES PRIVEES

III. — Les catégories professionnelles des employés et des ouvriers constituent les deux qualifications fondamentales du droit moderne du travail (1). Bien que cette distinction n'apparaisse pas toujours nettement dans le Code du travail, elle tend à se développer à l'heure actuelle. Elle est liée au développement du secteur « tertiaire », c'est-à-dire des services dans la vie économique contemporaine (2). Comme le souligne M. Durand, les textes du Code du travail groupent indistinctement ouvriers et employés sous la dénomination générale de personnel ou de salarié. Il arrive même que le terme d'employé soit utilisé dans un sens tout à fait général comme équivalant à celui de salarié (3). Or, en réalité, c'est le terme de « travailleur » qui devrait être utilisé de préférence à celui d'« employé » (4). C'est sous ce vocable que peuvent être groupées toutes les personnes placées dans un état de subordination juridique.

Mais les conséquences de cette distinction parmi les différents individus au service de personnes privées sont sans commune mesure avec celles que nous avons rencontrées précédemment en examinant les agents des personnes publiques.

Bien que le principe soit l'unité du droit applicable aux agents des personnes privées, une étude approfondie de la législation du travail a conduit M. Durand à relever le particularisme du droit

(1) DURAND et VITU, *op. cit.*, T. II, p. 67.

(2) FOURASTIÉ, *Le Grand espoir du XX^e siècle*, pp. 41 et suiv.

(3) Voir sur ce point exemples cités par M. DURAND, *op. cit.*, p. 68, note 1.

(4) DURAND, *Les Effets de l'arrêté d'extension*, D.S. 1956.219.

applicable à l'employé (5). Ce particularisme se manifesterait dans deux ordres de rapports juridiques : d'une part sur le plan des rapports individuels du travail et, d'autre part, sur le plan des rapports collectifs.

112. — Dans le cadre des rapports individuels, l'originalité du droit de l'employé résulte tout autant des textes que des usages ou des conventions collectives. Les textes posent des règles spéciales aux employés en ce qui concerne la périodicité de paiement des salaires, la réglementation du travail (sur des points d'importance mineure d'ailleurs) et en matière prud'homale (en ce qui concerne l'organisation et la compétence des conseils de prud'hommes) (6). Cette discrimination se retrouve dans les usages qui viennent compléter les dispositions du Code du travail (en matière de délai-congé par exemple) (7). Enfin, les conventions collectives contiennent souvent des dispositions spéciales en faveur des employés, dispositions marquées par le souci d'assurer la stabilité de l'emploi (8), en s'efforçant soit d'éviter la rupture des rapports du travail (conseil de discipline), soit d'en faciliter la reprise (priorité de réembauchage), soit encore d'accorder une indemnisation au cas de résiliation du contrat.

113. — Dans le cadre des rapports collectifs de travail, l'employé se trouve également dans une situation différente de celle de l'ouvrier. Souvent, il existe des syndicats propres aux employés de telle sorte qu'on assiste à la signature de conventions collectives distinctes. Aussi l'institution de délégués du personnel chargés de représenter les intérêts des employés apparaît-elle normale.

Selon M. Durand, deux facteurs ont déterminé ce particularisme de la condition des employés : d'une part, le fait que leur condition sociale est généralement plus élevée que celle des ouvriers et, d'autre part la nature de leurs fonctions qui mettent le plus souvent l'employé en rapport avec le public et avec la direction de l'entreprise.

Ainsi de même que pour les agents des personnes publiques, le bloc des agents des personnes privées n'apparaît-il pas monolithique.

114. — Encore faut-il pouvoir déterminer la composition de ces

(5) Les développements suivants sont tirés de DURAND et VITU, *op. cit.*, T. II, p. 67 et de l'article de M. DURAND sur la condition de l'employé dans le droit du travail, D.S. 1939.226 et 315.

(6) Voir Cass. soc., 13 décembre 1957, D. 1958, p. 100.

(7) Cass. soc., 7 février 1957, *Bull. arrêts Cass. soc.*, p. 96.

(8) Ainsi, contrairement à une opinion trop généralement répandue, le souci d'assurer une stabilité de l'emploi n'est pas particulier à la condition juridique des agents des personnes publiques. On retrouve le même souci s'agissant de la situation des agents des personnes privées qu'il s'agisse des employés ou même des ouvriers (cf. *infra*, *Le Contrôle de l'inspection du Travail*).

deux groupes dont l'existence apparaît désormais manifeste. Jusqu'à présent, aucun critère suffisamment précis pour être adopté tel quel, n'a pu être mis au point, bien que la question ait même été étudiée sur le plan international par l'Organisation Internationale du Travail (9). Selon M. Durand, c'est la notion de collaboration qui devrait être retenue. Car le caractère intellectuel ou manuel du travail accompli ne permettrait pas de considérer comme employés des personnes qui le sont manifestement, à savoir le personnel des bureaux. Alors que, par ailleurs, le perfectionnement de l'outillage industriel allège le travail manuel de l'ouvrier pour ne lui laisser qu'un rôle de direction où l'activité industrielle devient prépondérante.

Entre la conception large de la collaboration qui symboliserait l'association du salariat et du capital dans l'œuvre de la production et la conception étroite qui ne s'appliquerait qu'aux auxiliaires immédiats du chef d'entreprise, M. Durand opte pour une définition technique. « L'employé participe aux tâches de direction, de relations avec les tiers qui incombent au chef d'entreprise et qui seraient accomplies par lui, s'il n'en était empêché par l'importance de son exploitation » (10). De telle sorte qu'exerçant son activité dans un domaine naturellement réservé à l'employeur, il associe ses efforts à ceux de son employeur dont il apparaît alors être le collaborateur. Cette collaboration se manifeste dans les divers services d'une entreprise dont la bonne marche est précisément conditionnée par l'organisation et le fonctionnement de ces services qu'il s'agisse des services de surveillance et de direction, des bureaux d'études, des contentieux, de la comptabilité ou du service commercial qui s'occupe de la correspondance, des achats et de la vente. C'est « l'incorporation à l'activité patronale qui justifie le statut de l'employé (qui) en déterminerait aussi le domaine » (11).

Seront ainsi considérés comme « employés », non seulement les employés de bureau, mais également les agents de maîtrise et les techniciens, les chefs de services, les ingénieurs et les cadres supérieurs (12).

115. — Mais au même titre que nous avons noté une différenciation au sein des services publics en régie ou des entreprises nationalisées, entre le personnel de direction et le personnel subalterne, ici aussi s'agissant d'une entreprise privée, nous devons distinguer les employés « subalternes » des employés « supérieurs ». Bien que théoriquement, la « catégorie juridique » des employés soit soumise

(9) Voir sur ce point DURAND et VITU, *op. cit.*, T. II, p. 74.

(10) DURAND et VITU, *op. cit.*, T. II, p. 79.

(11) DURAND et VITU, *ibid.*

(12) L'appréciation des juges du fond est souveraine pour déterminer la catégorie professionnelle à laquelle appartient l'individu (Cass. soc., 8 mars 1957. *Bull. Cass. soc.*, p. 199).

dans son ensemble à un statut uniforme, on ne peut s'empêcher de relever dans l'ensemble des règles applicables aux employés « supérieurs » deux traits : l'indépendance d'une part, la collaboration étroite avec le chef d'entreprise, d'autre part (13). Leur indépendance se manifeste tant sur le plan matériel (appointements élevés) que sur le plan moral. Quant à leur participation au pouvoir de direction patronale, elle est très étroite, tant dans la direction technique de l'entreprise que dans les rapports avec le personnel. Certains auteurs les considèrent comme les « organes » de l'institution constituée par l'entreprise (14). Ce rôle capital des employés supérieurs dans l'entreprise-institution justifie le statut protecteur dont ils sont dotés s'agissant de la stabilité de leur emploi. La permanence des fonctions des organes de l'institution privée correspond ainsi à celle des organes de l'institution administrative.

Mais en même temps que leur condition est améliorée par rapport à celle des autres salariés sur le plan de la sécurité de l'emploi, les employés supérieurs se trouvent désavantagés sur d'autres points (15). M. Durand note que cet « effritement du statut du salarié » est dû autant à l'attitude patronale qui considère les employés supérieurs comme solidaires des intérêts de l'employeur qu'à celle du personnel subalterne qui tend à rejeter de la classe salariée ceux qu'il voit exercer les prérogatives du chef d'entreprise. Ainsi, pour les élections aux conseils des prud'hommes, les ingénieurs et chefs de services font partie du collège électoral patronal. De même, ils sont fréquemment soumis aux dispositions de clauses de non-concurrence incluses dans les conventions collectives (16). Celles-ci d'ailleurs sont déclarées parfois inapplicables aux directeurs des établissements investis d'une délégation patronale (17). Le contrôle juridictionnel sur les sanctions disciplinaires prises à l'encontre de cadres supérieurs est entendu d'une manière restrictive par la jurisprudence qui tend par ailleurs à appliquer d'une manière plus libérale les dispositions de la durée du travail (18). Les lois du 16 avril et du 16 mai 1946 ont groupé dans un collège électoral distinct les ingénieurs, les chefs de services et les agents de maîtrise en vue de l'élection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise.

M. Durand, après avoir relevé l'analogie qui existe entre le personnel de direction des services publics et celui des entreprises

(13) DURAND et VITU, *op. cit.*, p. 81.

(14) LEGAL et BRETHER, de LA GRESSAYE, *Le Pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées*, p. 71.

(15) La jurisprudence retient le degré d'initiative personnelle dans l'application des directives du patron et l'autorité exercée sur des employés pour attribuer la qualité de cadre. Cass. civ. soc., 22 juin 1957, *Bull. Cass. soc.*, p. 546.

(16) Cass. civ. soc., 1^{er} mars 1957, D.S. 1957, 495.

(17) Cass. 12 juillet 1939. Quest. prud'hom. 1939. 1035.

(18) Cass. soc., 5 janvier 1946, D.S. 1946, p. 36, note CARBONNIER.

privées suggère que l'on devrait aller plus avant dans l'organisation d'un statut original des employés supérieurs. Les collaborateurs immédiats du chef d'entreprise pourraient être soustraits au droit commun du travail duquel relèveraient seulement les employés aux fonctions de direction déjà secondaires. Encore faudrait-il définir de façon rigoureuse la condition des employés supérieurs pour déterminer dans quels cas ils sont soumis au droit commun du travail et dans quels cas ils y échappent.

CONCLUSION.

116. — Cette longue étude des différentes catégories de préposés, qu'il s'agisse de préposés de personnes publiques ou de préposés de personnes privées, nous a permis de constater que ni l'ensemble des agents des personnes publiques ni l'ensemble des agents des personnes privées ne formaient un bloc monolithique (1). Au sein de chacun des deux blocs, des distinctions s'imposent tant au regard des sources du droit applicable qu'au regard du fond même de ce droit. Tous les agents des personnes publiques ne sont pas régis par les mêmes sources de droit et à l'opposé, tous les agents des personnes privées ne sont pas soumis à des règles de fond identiques, même si les sources de ces règles sont semblables.

Il ne faut donc pas exagérer la portée d'une identité de sources, et dans l'hypothèse contraire, il ne faut pas non plus en déduire *a priori* une différenciation de principes des règles de fond. Nous avons vu que si l'ensemble des salariés privés était soumis à l'application du droit commun du travail, cela n'excluait pas l'application de règles spéciales à certains salariés privés. D'autre part, nous avons constaté qu'un nombre relativement important d'agents de personnes publiques se trouvaient soumis à l'application du droit privé, directement ou indirectement par l'intermédiaire d'un statut. Il n'y a donc pas une identité de sources déterminant la condition juridique de tous les individus au service de personnes publiques. Au même titre que nous avons constaté que des règles spéciales s'appliquaient à certains préposés privés, nous constaterons que certaines particularités caractérisent la condition des préposés publics, même soumis en principe au droit privé. A l'opposé, même si un grand

(1) On serait presque tenté de paraphraser l'expression de DUCUIT pour dire qu'au même titre qu'il existerait une « échelle de la domanialité » (*Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., T. III, p. 325) il existe une « échelle de la fonction publique ». Celle-ci recouvrirait un ensemble de situations juridiques allant par des dégradés successifs, de l'application pure et simple du droit du travail à certains agents, à l'application d'un statut exorbitant du droit commun à d'autres agents au service de personnes publiques.

nombre de préposés publics restent régis par des sources de droit particulières au droit public, nous démontrerons dans la suite de notre étude qu'il n'existe pas un parallélisme entre différence de source et différence touchant au fond du droit. Dans le premier chapitre, nous envisagerons l'évolution des différentes sources de la condition juridique des préposés tant publics que privés, ce qui nous amènera à constater que la transformation de ces sources tend à les rapprocher. Dans les deux chapitres suivants nous relèverons les traits communs caractérisant les règles de fond applicables aux deux groupes de préposés.

TITRE II

LA CONDITION JURIDIQUE DES AGENTS DANS LE CADRE DES INSTITUTIONS PUBLIQUES ET PRIVÉES

CHAPITRE PREMIER

LA NATURE DES RAPPORTS ENTRE LES INSTITUTIONS ET LEURS AGENTS

117. — Nous abordons maintenant l'étude de la condition juridique des agents dans le cadre des institutions, qu'elles soient publiques ou privées. Notre premier objectif sera de déterminer la nature juridique des rapports qui unissent, au sein de chacune des deux grandes catégories d'institutions, les agents à leur employeur. En d'autres termes, il s'agira de déterminer la nature juridique du lien qui, unissant l'institution à ses membres, lui donne ses moyens d'action. A cette fin, la classification des agents que nous avons examinée dans notre première partie, nous sera d'une grande utilité, notamment en ce qui concerne les agents des personnes publiques. En effet, ayant constaté qu'une partie de ces agents se trouvaient soumis au droit privé, soit en application d'un contrat, soit en application d'un statut réglementaire, il en résultera que les problèmes soulevés par ces deux types de liens se rapprocheront de ce fait même de ceux soulevés par les types de liens propres aux agents des personnes privées, à savoir le contrat et la convention collective. Ainsi au rapprochement qui pourra résulter de l'évolution propre à chacune des deux sphères de rapports juridiques s'ajoutera celui résultant d'un emprunt par les personnes publiques de types de rapports considérés comme étant, *a priori*, propres aux personnes privées et à leurs agents.

SECTION I

**LA NATURE JURIDIQUE
DU LIEN UNISSANT LES PERSONNES PUBLIQUES
ET LEURS AGENTS**

118. — La détermination des différentes catégories d'agents au service de personnes publiques nous a permis de relever deux types de liens ordinaires, d'une part un lien de nature législative ou réglementaire, d'autre part un lien de nature contractuelle (1). Statut légal ou réglementaire et contrat se retrouvent, nous l'avons vu, aussi bien pour les agents publics que pour les agents privés des personnes publiques. Nous allons reprendre successivement ces deux catégories d'agents, car le problème de la nature juridique se pose différemment du fait de leur soumission formelle à deux sources de droit différentes.

§ 1. — Les agents publics.

Il est admis à l'heure actuelle que le contrat et le statut législatif ou réglementaire s'appliquent à deux groupes bien distincts d'agents publics (2), mais il n'en a pas été toujours ainsi.

A. — LES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS DOCTRINALES.

Jusqu'à ce que la controverse soit définitivement tranchée par les textes, on rencontrait deux courants doctrinaux opposés, l'un considérant que tous les fonctionnaires étaient liés par un contrat, l'autre posant, au contraire, le principe que les fonctionnaires se trouvent dans une situation statutaire.

119. — 1) *La thèse contractuelle* : Dans une première étape, sous l'influence des idées civilistes, certains auteurs firent appel à l'idée du contrat de louage de services ou, tout au moins, de mandat pour définir les rapports de l'Etat avec ses fonctionnaires. Telle était notamment la thèse soutenue par Perriquet et Dareste. Perriquet considérait la « collation de fonctions publiques comme un mandat » (3). Dans la partie de son ouvrage consacré au mandat (Titre X), Perriquet consacre un chapitre aux fonctionnaires, du

(1) Nous laisserons de côté la réquisition dont nous avons déjà signalé le caractère exceptionnel.

(2) PLANTEY, *op. cit.*, n° 15, p. 14 ; DE LAUBADÈRE, D.A., 2° éd., n° 1268, p. 647 ; WALINE, D.A., 6° éd., p. 329.

(3) PERRIQUET : « Les contrats de l'Etat », 2° éd. 1890, suppl., p. 95.

groupe desquels il exclut seulement les « agents ou employés qui se bornent à préparer ou exécuter les décisions sans exercer aucun pouvoir propre ». S'agissant des autres agents de l'Etat, Perriquet estimait que « considérant seulement deux choses, le mandat donné et le salaire, traitement ou indemnité promis par l'Etat, toutes ces personnes sont, sinon fonctionnaires, du moins assimilables aux fonctionnaires » (4).

Perriquet soutenait également la thèse contractuelle dans le cadre du louage d'ouvrage (5), écrivant : « Malgré la forme plus ou moins solennelle que revêt un acte de nomination, il y a là, avant tout, *duorum consensus in idem placitum* », de telle sorte qu'il lui apparaissait « impossible de nier l'existence d'un lien contractuel entre l'Etat et les fonctionnaires et employés qui le servent ». C'était évidemment confondre « contrat » et « accord de volontés ». Il restait à Perriquet, la nécessité de justifier éventuellement la compétence de la juridiction administrative pour connaître de tels contrats, pourtant manifestement de droit privé. « En dehors des cas où il y a travail public, le louage d'ouvrage étant un contrat, est régi par le droit civil et la compétence judiciaire. La règle reçoit exception à l'égard des marchés administratifs et particulièrement en ce qui concerne les ouvriers, serviteurs et autres personnes aux gages de l'Etat. Nous parlerons des fonctionnaires et employés à l'occasion du mandat (6). Quant aux personnes, dont il s'agit ici, la matière est assimilable à celle des marchés administratifs. Il y aurait d'ailleurs atteinte au principe de la séparation des pouvoirs si les tribunaux pouvaient régler les relations de l'Etat avec ses agents » (7). Cette tentative de justification ne reposait évidemment sur aucune base sérieuse, alors que, dès 1873, à propos de l'arrêt Blanco, le commissaire du Gouvernement David avait déjà admis que la compétence administrative et la soustraction au droit privé ne s'appliquent qu'à l'« Etat puissance publique ». Mais en tant que « propriétaire », c'est-à-dire dans la gestion du domaine privé, et en tant que « personne civile capable de s'obliger par des contrats dans les termes du droit commun », l'Etat se trouvait soumis, d'après le commissaire du Gouvernement, au droit privé et aux tribunaux judiciaires (8). Perriquet n'apportait aucun argument de nature à écarter la compétence judiciaire s'agissant des « ouvriers, serviteurs et autres personnes aux gages de l'Etat ».

120. — Dareste, pour sa part, adoptait un point de vue analogue. Il considérait que l'engagement des fonctionnaires ne pouvait être considéré comme un simple louage d'ouvrage. Leur contrat était

(4) PERRIQUET, *op. cit.*, 1^{re} éd., 1884, p. 444.

(5) *Ibid.*, p. 220.

(6) Cf. *supra*.

(7) PERRIQUET, *op. cit.*, p. 220.

(8) T.C. 8 février 1873, BLANCO, concl. DAVID, *Grands arrêts*, p. 6.

d'une nature particulière qui se « rapprochait davantage du mandat salarié » (9). En effet, si l'Etat ne saurait accepter de mandat, il ne saurait pourtant, selon Dareste, se passer de mandataires. A côté des mandataires ordinaires, chargés d'affaires purement privées, il y aurait d'autres mandataires qui auraient ceci de particulier : « L'Etat en même temps qu'il leur demande un certain service, leur communique une portion de son pouvoir ». Ce sont les fonctionnaires publics. « Le contrat, qui se forme entre l'Etat et le fonctionnaire, est un mandat salarié, mais un mandat *sui generis* (10). Le caractère politique y prédomine et c'est pourquoi les contestations auxquelles il peut donner lieu sont réservées à la juridiction administrative » (11).

121. — Puis, comme le soulignent MM. Duez et Debeyre (12), on assiste à une double tentative de transformation de la théorie contractuelle de droit privé appliquée aux fonctionnaires. Il se produit, tout d'abord, une tentative de « compression » de la théorie contractuelle dont le champ d'application se trouverait limité à une seule catégorie d'agents de l'Etat, les fonctionnaires de gestion. Telle était la thèse soutenue par Berthelemy, pour qui les deux théories soutenues en la matière (celle de la situation contractuelle et celle de la situation légale) « pèchent par excès de généralisation ». L'observation conduisait l'auteur « à les combiner l'une avec l'autre, en faisant, entre les fonctions publiques, des distinctions nécessaires » (13). La même idée se trouvait chez Nezard pour qui, « les textes ont constitué un régime légal unilatéral pour les fonctions d'autorité, qui ont été conférées à leur titulaire, par un acte unilatéral de puissance publique : c'est la loi qui oblige directement l'Etat et le fonctionnaire. Ils ont, au contraire, constitué pour les fonctions de gestion, un régime légal contractuel, c'est-à-dire un régime fixé par la loi, mais non imposé au fonctionnaire qui l'accepte librement : la nomination n'étant que la publication d'un accord dont les clauses ont bien été préétablies par la loi, mais ont été librement acceptées de part et d'autre. C'est le contrat qui oblige alors directement les parties et leur permet de se prévaloir des dispositions légales qui sont les clauses de leur convention » (14).

(9) DARESTE, « La Justice administrative en France », 2^e éd., 1898, p. 329.

(10) Dans la 2^e éd. DARESTE atténue ici lui-même la portée de sa théorie, atténuation qui ne se trouvait pas dans la première édition de 1862. C'est ainsi qu'il écrit : « Il ne s'agit ici que d'une analogie, car la loi règle impérativement les rapports existant entre l'Etat et les fonctionnaires, et aucune convention ne peut déroger à ces dispositions légales ». (p. 388).

(11) DARESTE, *op. cit.*, p. 388 de la 2^e éd. Les mêmes idées se retrouvent chez BAUDRY-LACANTINIERE, WAHL : « Du contrat de louage », 3^e éd., T. II, 1^{re} partie, n° 1644, p. 9; SANLAVILLE : « Du droit à une pension de retraite », in *Revue gén. d'adm.*, 1885, I, p. 270.

(12) DUEZ, DEBEYRE, D.A., *op. cit.*, n° 877, p. 643.

(13) BERTHELEMY, D.A., 13^e éd., 1933, pp. 53 et suiv.

(14) NEZARD, *op. cit.*, p. 652.

De telle sorte que Nézard était amené à reconnaître que « ces deux régimes, l'un unilatéral, l'autre synallagmatique, semblent identiques quant au fond : ils sont toujours composés d'éléments légaux » (15).

Cette attitude doctrinale pouvait d'ailleurs se prévaloir de certaines décisions jurisprudentielles. Les tribunaux de l'ordre judiciaire faisaient parfois la distinction entre les fonctionnaires, délégués de la puissance publique et les employés qui ne mettaient que leur temps et leur intelligence au service de la collectivité et n'étaient, en conséquence, liés que par un contrat de louage de services (16).

122. — La seconde tentative de transformation de la théorie contractuelle fut une tentative d'« assouplissement ». A la théorie contractuelle de droit privé, on tenta de substituer une théorie contractuelle de droit public. Déjà en 1879, cette théorie avait été défendue en France. Concluant dans l'affaire Guidet (17), le commissaire du Gouvernement Cazalens, soutint que la « nomination des fonctionnaires et des employés implique toujours et nécessairement l'existence d'un contrat synallagmatique ». Mais ce contrat ne pouvait être qu'un contrat administratif car toujours conclu en vue de l'exécution d'un service public. Mais la thèse contractuelle de droit public prit un nouvel essor à la suite d'idées analogues défendues par des auteurs allemands, tel Laband (18). Pour celui-ci, le seul rapport de service ne conférait pas nécessairement la qualité de fonctionnaire. Il faut un rapport de service d'une espèce particulière. Laband distingue ainsi trois modalités comme base de l'obligation de s'acquitter d'un service : soit un traité analogue au contrat de louage de services du droit privé, l'agent n'étant pas alors un fonctionnaire, soit un rapport de puissance (*Gewaltverhältnis*), dont l'équivalent en droit privé serait la puissance paternelle et qui obligerait notamment les jurés et les soldats, agents qui n'ont pas non plus la qualité de fonctionnaire. Enfin, troisième modalité : un rapport de puissance à base contractuelle analogue à la *commendatio* du droit féodal entre suzerain et vassal. Telle serait la nature du rapport de service qui unirait le fonctionnaire d'Etat à l'Etat, à la seule différence près que ce rapport relèverait non pas du droit privé, mais du droit public (19). Ce rapport reposerait donc sur un contrat par lequel, tout à fait comme dans l'ancienne *commendatio*, le fonctionnaire se « voue » à l'Etat, contracte un « devoir

(15) *Ibid.*

(16) Lyon, 3 février 1872, S. 1874.II.119 ; Aix, 10 décembre 1878, S. 1879.II.78.

(17) T.C. 27 décembre 1879, Guidet, S. 1881.III.36.

(18) LABAND : « Le Droit public de l'Empire allemand », trad. franç., 1901, T. II, pp. 100 et suiv.

(19) LABAND, *op. cit.*, p. 107.

particulier de service et de fidélité » (20). Il y aurait donc deux éléments à considérer, d'une part un élément contractuel (*Staatsdienstvertrag*), résultant du concours de volontés de celui qui nomme et de celui qui est nommé ; d'autre part, un élément de puissance publique apparaissant dans les formes mêmes de l'acte de nomination et dans ses effets qui tendent à donner à l'agent une participation à la puissance publique.

123. — Cette théorie du lien contractuel de droit public fut notamment consacrée dans la jurisprudence administrative française par l'arrêt *Winckell* (21). Le Conseil d'Etat y affirma « qu'en se mettant en grève, les agents préposés au service public se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et des règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'Administration ». Les conclusions du commissaire du Gouvernement *Tardieu* illustrent cette prise de position : « Entre l'Etat et les divers agents qu'il appelle à collaborer aux divers services publics intervient ce que *Laferrière* appelait un contrat de droit public (22) et que d'autres auteurs après lui ont dénommé le contrat de fonction publique. Assurément ce n'est pas là purement et simplement le contrat de travail du Code civil. A la différence de ce qui se passe en droit privé, les parties ne traitent pas sur un pied d'égalité, l'Etat fixe à son gré, et en vue du meilleur fonctionnement possible du service public, les diverses clauses du contrat ». Des idées analogues se trouvent reprises par le commissaire du Gouvernement *Léon Blum* dans l'affaire *Desreumeaux* (23), à l'occasion de laquelle il qualifia de « contractuellement réglementaire » l'obligation militaire des officiers de la territoriale. Il considérait comme contractuel l'engagement implicite pris par l'officier au moment de sa nomination et qui est l'engagement de se soumettre à la réglementation militaire. Mais devant la difficulté de qualifier de contrat un acte « dont la forme et l'objet seraient à ce point indéterminés », le commissaire du Gouvernement dut se résoudre à employer une expression dont il n'ignorait pas d'ailleurs le caractère insolite. Mais cette conception contractuelle de la situation des fonctionnaires n'était pas sans influence sur les règles du contentieux administratif, notamment le contentieux de l'annulation par la voie du recours pour excès de pouvoir. La jurisprudence reconnaissait au fonctionnaire le droit d'utiliser ce recours (24). Or, les recours

(20) *Ibid.*, p. 119.

(21) C.E. 7 août 1909, *Winckell*, S. 1909.I.145, concl. *TARDIEU*, note *HAURIUO*.

(22) Comme nous le verrons un peu plus loin, il semble que sur ce point l'interprétation donnée des idées de *LAFERRIERE* ne soit pas tout à fait exacte.

(23) C.E., 5 mai 1911, *Desreumeaux*, concl. *L. BLUM*, *Rec.*, p. 522.

(24) C.E., 8 mars 1912, *Lafage*, concl. *PICHAT*, S. 1913.3.1, note *HAURIUO*.

pour excès de pouvoir formés par les fonctionnaires semblaient mettre en échec la règle d'après laquelle la violation d'un contrat n'est pas un « excès de pouvoir » (25). Dès lors que le Conseil d'Etat admettait que les règles du statut des fonctionnaires, inscrites dans les lois et règlements n'étaient que des éléments d'une opération contractuelle, la violation de ce statut était en réalité la violation d'un contrat. Il apparaissait donc étrange que cette violation puisse être invoquée comme moyen d'excès de pouvoir. De cette « anomalie », qu'il jugeait tout au moins « apparente », M. Alibert proposait deux séries d'explications : les unes pratiques, les autres théoriques (26). Tout d'abord, une idée de bienveillance et d'équité pouvait avoir guidé le Conseil d'Etat. Le recours pour excès de pouvoir est, en effet, dispensé du ministère d'avocat et n'entraîne que des frais réduits. Logiquement, les recours devraient être portés devant le juge du contrat. Dans l'intérêt des requérants, le Conseil d'Etat admet donc que la violation du contrat de fonction publique, contrat de nature particulière, constitue une violation d'une règle de droit et l'apparente à celle des lois et règlements. Par ailleurs, la thèse contractuelle présentait une grande utilité à l'époque où le Conseil d'Etat posait le principe de l'irresponsabilité de la collectivité publique. Le contrat apparaissait alors comme un moyen de protéger les fonctionnaires contre l'arbitraire et de réparer le préjudice causé par des mesures illégales ou injustifiées. De plus, comme primitivement le recours pour excès de pouvoir constituait une voie de recours exceptionnelle soumise à des conditions très strictes tant au regard de la recevabilité que des cas d'ouverture, le recours devant le juge du contrat profitait aux fonctionnaires. Mais M. Alibert devait convenir lui-même que sur ces deux points, la position du Conseil d'Etat avait évolué de telle sorte que « le système contractuel a vu son utilité de beaucoup diminuer, si jamais l'équité a pu le justifier ». D'où la nécessité de rechercher une justification éventuelle de l'attitude du Conseil d'Etat sur le plan de la théorie juridique. Or, même en admettant que l'ensemble des relations juridiques qui existent entre le fonctionnaire et l'Administration aient un caractère contractuel, il n'en demeure pas moins que cet ensemble n'est pas homogène et comprend en réalité « plusieurs éléments distincts et implique des situations différentes et des rapports sans analogie ». M. Alibert distinguait, en effet, trois groupes de rapports juridiques entre le fonctionnaire et l'Administration : les rapports statutaires (investiture, avancement, discipline), les rapports pécuniaires (traitements, soldes, indemnités et pensions) et les rapports quasi délictuels (responsabilité des collectivités administratives pour les mesures illégales ou abusives dont les

(25) WALINE, D.A., 6^e éd., p. 328. Sur les rapports entre contrat et recours pour excès de pouvoir, v. GONIDEK, R.D.P. 1950, p. 77.

(26) R. ALIBERT, « Le contrôle juridictionnel de l'administration », 1926, p. 311 et suiv.

agents sont victimes). La somme de ces rapports constituerait le contrat de droit public reconnu par la jurisprudence. Le juge de ce contrat était, compte tenu de la répartition des compétences entre juridictions administratives, à l'époque, le Conseil d'Etat. Se trouvant en présence d'une opération complexe, rien n'empêchait le juge d'opérer un « dédoublement de ses pouvoirs ». Il était ainsi amené à extraire de cette opération complexe, en dépit de son caractère contractuel, les actes administratifs unilatéraux qui peuvent être isolés de l'ensemble pour être examinés sous l'angle de l'excès de pouvoir. On trouvait ici une application d'une théorie plus générale en droit administratif, celle des « actes détachables » (27). Constituait des « actes détachables » du contrat de fonction publique, ceux qui, envisagés en eux-mêmes, pouvaient être annulés pour un motif de légalité (les actes accomplis dans les rapports statutaires et certains actes relatifs aux rapports pécuniaires pouvaient ainsi être annulés pour illégalité). Dans l'affaire Lafage, le commissaire du Gouvernement Pichat distinguait la violation des règles législatives ou réglementaires, en l'occurrence les décisions rendues en matière de traitements et de soldes, qui pouvait être sanctionnée par la voie du recours pour excès de pouvoir, et la violation des droits contractuels qui, elle, ne pouvait donner lieu à un tel recours, de telle sorte que dans l'espèce soumise au Conseil d'Etat, il ne pouvait être question de la condamnation de l'Etat au paiement du traitement (28).

124. — Mais la théorie contractuelle ne fut jamais admise par toute la doctrine (29), ni même par toutes les juridictions. A ce sujet, il est intéressant de relever un arrêt fort ancien d'une juridiction de l'ordre judiciaire qui, non seulement rejette toute idée de contrat, mais encore se refuse à distinguer entre les fonctionnaires d'autorité et les fonctionnaires de gestion. « Attendu qu'il n'y a pas à distinguer entre les emplois communaux qui confèrent et ceux qui ne confèrent pas une portion de puissance publique ; qu'en acceptant sa nomination à un emploi quel qu'il soit, celui qui promet de le remplir fait toujours plus ou moins une sorte de louage d'œuvre, mais que ce bail de son temps et de ses services ne résultant pas d'un contrat, mais d'un acte libre, spontané et révocable de l'Administration, il demeure soumis à toutes les consé-

(27) V. C.A. COLLIARD, « La notion d'acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Mélanges Mestre*, pp. 115 et suiv.

(28) Le Conseil d'Etat ne prit d'ailleurs pas parti sur la thèse soutenue par son commissaire du Gouvernement, et se borna à constater que « la requête met en question la légalité d'un acte d'une autorité administrative ».

(29) Une des dernières manifestations doctrinales de la thèse contractuelle semble être la thèse de Mlle BICHOFTE : « Fonction publique et contrat ». (Th. Nancy, 1927).

quences qui s'attachent à cette différence dans les origines » (30). Une telle position adoptée en 1878 méritait d'être signalée.

125. — Dans sa note sous l'arrêt Winckell, Hauriou constatait que non seulement, l'idée de contrat de service public était « étrangère à notre droit public », mais encore compte tenu du pouvoir unilatéral reconnu à l'Etat de fixer les conditions du fonctionnement du service public, cette idée n'était d'aucune utilité dans l'affaire. Généralisant sa constatation, il écrivait : « A la vérité, elle n'en produit jamais en aucune circonstance ; elle n'est qu'une façon, que l'on juge commode, de traduire ce qu'il y a de consensuel dans la situation des fonctionnaires, parce qu'on a perdu la notion des institutions sociales réglementaires et des adhésions qu'elles impliquent. »

126. — On présente souvent Laferrière comme un des promoteurs de la théorie du contrat de fonction publique (31), mais il faut cependant faire remarquer que la conception que se faisait Laferrière de ce contrat était assez particulière. Ainsi, dans le titre de son ouvrage consacré aux actes de puissance publique ayant un caractère contractuel, il envisage les contrats administratifs par nature. « Ces contrats ne sont pas des actes de gestion, mais de véritables actes de puissance publique auxquels s'ajoute un élément contractuel » (32). Et Laferrière cite comme exemples de ces « contrats d'une nature toute particulière » : la concession, l'affectation, la collation de fonctions publiques.

Mais, par ailleurs, après avoir rejeté la thèse contractuelle de droit privé soutenue par Dareste et Perriquet parce que la « collation de fonctions publiques » se rattache indissolublement à la nomination qui est un acte de puissance publique, Laferrière développe certaines considérations qui, bien que dirigées plus particulièrement contre l'idée de contrat de droit privé n'en atteignent pas moins l'idée de contrat elle-même. C'est ainsi qu'il écrivait : « Il est très vrai que la fonction publique suppose entre l'autorité qui nomme et l'agent qui est nommé, un accord de volontés qui doit également se produire dans le cas de démission volontaire ; en outre, la fonction comporte des obligations réciproques du fonctionnaire et de l'Etat. Mais ces obligations dérivent de la loi et non

(30) Aix, 8 août 1878, S. 1879.2.9. La note publiée sous l'arrêt critiquait évidemment l'attitude de la Cour. Si les fonctionnaires, agents du pouvoir n'étaient pas liés par contrat, il ne devait pas en être de même des employés qui offrant leurs services connaissant les conditions qui leur étaient faites, étaient liés par contrat à la collectivité au service de laquelle ils étaient attachés.

(31) V. notamment Concl. TABDIEU dans l'arrêt Winckell ; DUEZ, DEBEYRE, D.A., pp. 642 et suiv. ; VEDEL, Cours 1953-54, pp. 877 et suiv.

(32) LAFERRIÈRE, « La juridiction administrative », 1^{re} éd., 1887, p. 549 ; 2^e éd., p. 604

de contrats. Ni l'Administration, ni le fonctionnaire ne peuvent, en général, les modifier par des conventions particulières. Le contenu des droits et obligations du fonctionnaire sont fixés pour tous les emplois de l'Etat par des actes législatifs ou réglementaires, auxquels il ne pourrait être suppléé, ni dérogé par des contrats » (33).

2) *La thèse statutaire* : Avant même que la thèse contractuelle ne soit rejetée par la jurisprudence (34) et par les textes, elle se heurta à une violente opposition d'une grande partie de la doctrine qui substituait à la conception contractuelle, la conception statutaire qui devait finalement être consacrée par le droit positif.

127. — Duguit, pour sa part, rejetait toute idée de mandat donné au fonctionnaire pour « l'exercice de la souveraineté nationale ». Cette attitude était d'ailleurs liée au rejet de l'idée de mandat du droit public français (35). Duguit rejetait également l'idée de « concession » qu'avait soutenue à un certain moment Hauriou. Celui-ci avait été amené à considérer les fonctions publiques comme des « dépendances du domaine public incorporel qui sont concédées de façon temporaire au fonctionnaire par la nomination de celui-ci ; elles peuvent en principe lui être retirées à volonté par la révocation ; le fonctionnaire n'a qu'une possession précaire de la fonction ; mais cette possession peut devenir une sorte de propriété spéciale et temporaire pour des fonctionnaires privilégiés » (36). A cette conception, Duguit répliquait à juste titre que « les fonctions ne peuvent jamais être considérées comme des choses et il n'y a pas un fonctionnaire quel qu'il soit, ni en France, ni à l'étranger, en qui on puisse voir le titulaire d'un droit sur la fonction ». Il semble que cette thèse d'Hauriou ait été inspirée par ce que Duguit appelait « la vieille notion de la fonction publique constituée en titre d'office ». Quant à lui, Duguit considérait que le fonctionnaire est dans une situation légale ou situation de droit objectif, dont la naissance en ce qui concerne une personne est subordonnée à la condition de la nomination de cette personne à une fonction déterminée » (37). Cette situation étant une situation de droit objectif dérivant directement de la loi, il s'ensuivait normalement qu'elle était liée aux transformations de celle-ci. Duguit critiquait la thèse contractuelle car la détermination de la condition juridique du fonctionnaire n'était qu'un aspect de la réglementation

(33) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, 2^e éd., pp. 618 et suiv.

(34) La thèse contractuelle avait été adoptée par le Conseil d'Etat pour justifier les révocations prononcées en dehors des formes légales au cas de grève des fonctionnaires, solution identique à celle adoptée par la jurisprudence civile qui posait le principe de la rupture du contrat par la grève et aussi au cas de cessation individuelle sans motif de l'exercice de la fonction. (C.E., 5 mai 1922, Roynette, *Rec.*, p. 388).

(35) DUGUIT, « Etat, gouvernants et agents », pp. 387 et suiv.

(36) Note sous C.E., 6 août 1898, Fontin, S. 1899.3.105.

(37) DUGUIT, *Traité droit const.*, 1^{re} éd., T. I, 1911, p. 479

relative à l'organisation et au fonctionnement des services publics, réglementation découlant de décisions de droit objectif. Duguit considérait qu' « on ne peut donc parler ni d'obligations, ni de droits subjectifs appartenant à ce fonctionnaire ; il n'est rien, il n'est qu'un rouage du service, et de l'application à sa personne de la loi du service résulte une certaine situation active et passive qui est la fonction publique » (38). Il était ainsi amené à distinguer dans la situation du fonctionnaire, quatre éléments ayant chacun un caractère nettement et exclusivement objectif : la compétence, les avantages matériels, le statut, les charges et obligations.

Toutes les discussions relatives à la nature de la condition juridique des fonctionnaires trouvaient leur source dans la qualification de l'acte de nomination. Dès lors qu'on voulait y voir un acte contractuel, il en résultait que le fonctionnaire se trouvait dans une situation contractuelle. Au contraire, la théorie statutaire devait mettre l'accent sur le caractère unilatéral de la nomination.

Duguit adoptant la distinction des actes de puissance publique et des actes de gestion considérait que les agents ayant compétence pour faire les actes rentrant dans la première catégorie avaient été les premiers à être institués par un acte de puissance publique, acte unilatéral émanant des gouvernants (39). S'agissant des agents accomplissant des actes de gestion, Duguit notait que « l'évolution n'est pas encore aussi complète », mais déjà pour la plupart d'entre eux, la nomination est un acte unilatéral.

L'évolution tendant à faire de la nomination un acte purement unilatéral apparaissait à Duguit comme étant parallèle à celle qui a fait « progressivement rentrer dans la mission obligatoire de l'Etat tel ou tel service ». Et relevant la tendance « actuelle » à l'extension de la mission de l'Etat, à l'élargissement des services dont il doit assurer l'accomplissement, il constatait également la tendance à attribuer de plus en plus un caractère unilatéral à toutes les nominations qu'il fait.

128. — Pour Hauriou, la nomination apparaissait comme un « acte unilatéral de l'autorité administrative qui a toutes les allures extérieures d'une réquisition ou, comme on dit, d'une commission. Cet acte unilatéral se présente comme un ordre et non comme une offre contractuelle. L'acceptation de la nomination de la part du fonctionnaire se réduit à être l'adhésion qu'il donne à un ordre disciplinaire » (40). Selon Hauriou, le fonctionnaire était « membre de l'institution administrative », de même que le « citoyen est membre de l'institution de l'Etat ». Au même titre qu'il existe un « statut

(38) Sur ce point, v. DUGUIT, « L'Etat, les gouvernants et les agents », 1903, p. 492-493 ; « Traité de droit const. », 1^{re} éd., 1911, T. I, p. 480 ; 2^e éd., 1923, T. III, pp. 95 et suiv.

(39) DUGUIT, « L'Etat, les gouvernants et les agents », 1903, p. 405.

(40) HAURIOU, D.A., 6^e éd., p. 552. « Principes droit public », 1910, p. 170.

du citoyen » ou un « statut d'électeur », il y a en droit positif un « statut du fonctionnaire », statut de droit objectif sur lequel d'ailleurs l'agent aurait des droits réels (41). Hauriou rejetait catégoriquement la théorie contractuelle (42) car selon lui, ni éléments de forme, ni éléments de fond ne se retrouvent dans la situation des fonctionnaires. Sur le plan formel, l'échange de consentements avec détermination de l'objet fait défaut. Il n'y a ni détermination de l'objet, celle-ci résultant de lois et règlements, ni échange de consentements. L'acceptation de sa nomination par le fonctionnaire constitue un acte d'adhésion à une réquisition, qui apparaît ainsi, aux yeux d'Hauriou, comme une réquisition consentie, et non comme un échange de consentements contractuels. L'idée essentielle d'Hauriou (43), c'est que l'adhésion n'est pas un contrat mais un acte juridique unilatéral par lequel on adhère à un fait juridique, lequel existe parce qu'il fait partie d'une institution (44) ; et Hauriou cite comme exemple l'adhésion à la législation de 1898 sur les accidents du travail prévue par la loi du 18 juillet 1907. La nomination du fonctionnaire est pour lui un fait juridique indépendant de sa volonté et se rattachant à l'institution administrative ; toutefois il y a adhéré. La nomination apparaît donc essentiellement comme un acte de puissance unilatéral. Sans doute le fonctionnaire accepte sa nomination et souvent il l'a sollicitée mais, comme le fait remarquer Hauriou, il l'accepte comme une loi ou une ordonnance et non comme la sollicitation d'un contrat. Quant au fond, Hauriou nie l'existence d'une loi contractuelle des parties dans la situation des fonctionnaires et il ne croit pas qu'elle soit même concevable, car si elle existait, cette loi contractuelle serait tellement dominée par les nécessités de l'institution du service public, qu'elle serait complètement résorbée.

129. — On retrouve l'idée de la nomination considérée comme un fait et non comme un acte juridique chez Jèze (45). Mais l'auteur tempère cette affirmation en reconnaissant que « le fait, s'il n'est point un acte juridique proprement dit, revêt la forme d'un acte juridique ». Sur le plan matériel, en effet, les agents tiennent leurs pouvoirs non de l'individu qui fait la nomination, mais de la loi qui a organisé la fonction. « La fonction publique est une situation

(41) HAURIU, Note sous Fontin précitée. Note sous C.E., 15 février 1907, Lacourte, S. 1907.3.49, D.A. 11^e éd. (la dernière revue par Hauriou lui-même) 1927, pp. 590 et suiv.

(42) HAURIU relève d'ailleurs que l'Administration emploie effectivement dans certains cas le procédé du contrat pour le recrutement de certains agents et d'après lui « cela ne fait que mieux ressortir le caractère non contractuel de la situation des fonctionnaires ordinaires ».

(43) « Principes de droit public », 2^e éd., pp. 137 et suiv.

(44) V. contra M. WALINE (R.D.P. 1955, p. 719) pour qui « l'adhésion volontaire à un règlement paraît caractériser on ne peut mieux un contrat d'adhésion. »

(45) JÈZE, « Principes généraux », éd. 1904, p. 40.

juridique générale, impersonnelle, objective créée et organisée par les lois et règlements, modifiable à tout instant par les lois et règlements et uniquement par les lois et règlements » (46). De telle sorte que la désignation ne crée pas la fonction. Elle n'en détermine pas l'objet ni l'étendue. Elle consiste uniquement en une investiture : elle investit un individu d'un statut légal. « L'acte juridique par lequel un individu entre au service public est un acte-condition. (47) c'est-à-dire qu'il a pour effet juridique non pas de créer pour un individu une situation juridique individuelle, mais d'investir un individu d'une situation juridique légale et réglementaire » (48). Pour Jèze, pas plus que pour Hauriou, la nomination ne saurait constituer un accord de volontés créant une situation juridique individuelle. A l'idée de réquisition consentie d'Hauriou, Jèze substitue celle d'« investiture d'une situation générale impersonnelle créée par les lois et règlements » (49). Mais, en principe, les fonctions publiques étant facultatives et non imposées, la désignation une fois faite, l'individu choisi peut refuser. L'acceptation de l'agent n'est alors qu'une des conditions à laquelle est subordonné l'effet de la désignation.

130. — Si Duguit n'a jamais contesté le caractère légal et réglementaire de la situation des fonctionnaires (50), par contre, il a eu trois conceptions différentes et successives de la nature juridique de l'acte de nomination. Après avoir considéré tout d'abord la nomination comme un acte unilatéral (51), Duguit qualifia ensuite cet acte, suivant une terminologie qui lui était chère, mais dont nous contesterons bientôt l'exactitude, d'acte-union (52), c'est-à-dire d'accord de volontés donnant naissance à une situation juridique objective. Alors que dans l'accord de volontés-contrat, plusieurs volontés, émanant des parties, placées dans des situations différentes et voulant jouer un rôle différent, poursuivent deux objets distincts : l'un de faire le contrat, l'autre de déterminer le rôle que chacun entend jouer, dans l'accord de volontés-union, au contraire, il y aurait unité d'objet. Bien que leur « vouloir » puisse avoir un but différent, les parties en présence poursuivraient sous cette nouvelle forme d'accord de volontés un même objet « immédiat », à savoir la conclusion d'une convention, et un même objet « médiat » : la naissance de la situation légale et objective. Dans cette conception de l'ordonnement juridique, la nomination du fonctionnaire cesse d'être

(46) JÈZE, « Le statut des fonctionnaires », 1928, p. 23. La même idée était déjà émise en 1914. V. « Principes généraux », p. 408.

(47) Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette terminologie.

(48) JÈZE, « Principes généraux », éd. 1914, p. 409.

(49) JÈZE, « Le statut des fonctionnaires », p. 25.

(50) DUGUIT, « L'Etat, les gouvernants et les agents », p. 399.

(51) DUGUIT, *Traité de droit const.*, 1^{re} éd., T. I, 1911, p. 469 ; *Manuel de droit const.*, T. I., p. 431.

(52) DUGUIT, *Traité de droit const.*, 2^e éd., T. I, 1921, pp. 302 et 315.

un acte unilatéral sans pour cela devenir un contrat. Elle est une « union ». Enfin, dans une troisième étape de l'évolution de sa pensée, Duguit considère l'acte de nomination comme un acte collectif (53), duquel serait exclu tout accord de volontés, de sorte que cet acte ne constitue pas une convention. L'auteur de la nomination est animé par la seule idée d'assurer le fonctionnement du service public indépendamment de l'idée de faire naître une créance ou une dette au profit ou à la charge de la personne publique au nom de laquelle il agit. De même la volonté du fonctionnaire nommé n'est pas déterminée par celle du gouvernement qui nomme ; elle n'a pas pour objet la naissance d'une dette ou d'une créance, mais la soumission à la loi du service ; elle est évidemment également déterminée par le fonctionnement du service et surtout par les avantages que la loi accorde à ceux qui participent à ce fonctionnement.

Duguit a été pleinement conscient de ses successifs retournements d'idée et il confesse ses erreurs : « Je reconnais bien volontiers que je me suis trompé (p. 116)... Je crois maintenant qu'il est plus exact de dire que la nomination est un acte collectif, un concours de volontés, mais non pas une convention » (p. 118). Nous verrons que, malheureusement, l'ultime opinion de Duguit n'était pas encore la meilleure (54).

131. — Bonnard (55) adoptait également la terminologie duiguiste et considérait la nomination comme un acte-condition et la qualifiait d'acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire (pour tenir compte de l'intervention de l'acceptation du fonctionnaire nommé).

B. — LA SOLUTION EN DROIT POSITIF

132. — La jurisprudence et la loi ont finalement consacré définitivement la thèse statutaire, c'est-à-dire légale et réglementaire. Dans une hypothèse analogue à celle de l'arrêt Winckell, à propos d'une grève des fonctionnaires, le Conseil d'Etat adopta une solution identique, mais ne fit plus appel à l'idée d'un lien contractuel et se borna à relever l'existence des lois et règlements régissant la situation des fonctionnaires : « Considérant qu'en se mettant en grève, les agents préposés au service public... se placent eux-mêmes par un acte collectif en dehors de l'application des lois et règlements édictés afin de garantir l'exercice des droits qui leur appartiennent

(53) DUGUIT, *Traité de droit const.*, 2^e éd. 1923, T. III, p. 118.

(54) Il semble d'ailleurs que dans la dernière édition de son ouvrage, DUGUIT soit revenu à l'idée d'acte-union (3^e éd., T. I., 1927, p. 423).

(55) BONNARD, « La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français », *Rivista de drept public*, Bucarest, 1930, p. 1.

à l'égard de la puissance publique » (56). La loi du 14 septembre 1941 stipulait dans son article 4, que le fonctionnaire est soumis dès son entrée dans les cadres aux dispositions législatives et réglementaires régissant la fonction publique. La même idée a été reprise par l'article 5 de la loi du 19 octobre 1946 qui disposait que le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'Administration dans une situation statutaire et réglementaire. L'article 5 de l'ordonnance du 4 février 1959 a confirmé ce point de vue.

133. — Ainsi se trouve consacrée la thèse soutenue par Jèze, Duguit et Bonnard. Mais cela ne doit pas pour autant entraîner une justification de leur conception de la nature juridique de l'acte de nomination dont les éléments ont été puisés dans la terminologie juridique de Duguit. L'école duguiste a voulu distinguer dans l'ordonnancement juridique deux séries d'éléments : les règles de droit et les situations juridiques, celles-ci pouvant être objectives ou subjectives. Or, comme le souligne M. Eisenmann (57), l'idée de norme constitue l'essence commune des deux éléments (58). Les situations juridiques envisagées par Duguit ne sont que le contenu et comme la projection des éléments de réglementation. Il est donc artificiel de distinguer les règles du droit et les situations juridiques. Par ailleurs, il n'y a pas de situation juridique qui soit exclusivement subjective. Tout acte subjectif est en même temps créateur d'une situation juridique pour partie objective, pour partie seulement subjective. Ainsi, un contrat rend applicable entre contractants bien des dispositions législatives qui détermineront une large part de leurs obligations et droits.

M. Eisenmann considère donc qu'il n'y a pas deux types purs de situations juridiques, mais un type pur et un type hybride. Par ailleurs, il faut souligner qu'une situation juridique est toujours une situation dont sont investis certains individus. En ce sens, toute situation juridique est individuelle de telle sorte que l'expression

(56) C.E., 22 octobre 1937, Dlle Minaire, D. 1938.3.49, note EISENMANN. Il est intéressant de souligner que la formule de l'arrêt Winckell était identique sous réserve de sa formule finale : « résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration ».

(57) Nous empruntons les éléments des développements suivants à son cours de droit administratif 1953-54.

(58) EISENMANN, cours précité, p. 217. Rappelons que par « normes », on désigne « la totalité des éléments constitutifs de la réglementation juridique, la totalité des dispositions ou propositions établissant ou des obligations ou des droits, facultés ou pouvoirs de caractère juridique » (cours précité, p. 134). Les rapports entre l'idée de « norme » et celle de « règle de droit » ont été définis par le fondateur de l'école normativiste, H. Kelsen : « La règle de droit est l'instrument par lequel la science du droit décrit son objet, constitué par les normes juridiques créées et appliquées dans le cadre d'un ordre juridique. La règle de droit est un acte de connaissance, tandis que la norme juridique est un acte de volonté ». (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*. Trad. franç. 1953, p. 42-43).

« situation objective ou générale » peut être critiquée. Ce qui est vrai, c'est que pour certaines situations, les éléments constitutants sont déterminés uniquement par des règles de droit préexistantes et non par des normes d'un acte juridique spécial à un individu ou à des individus déterminés. Et, par contre, le contenu de certaines situations juridiques est déterminé par un acte juridique concernant spécialement leur titulaire. La notion d'acte subjectif n'est donc pas d'un grand intérêt, quant à celle d'acte-condition elle est critiquable car tout acte juridique est condition de quelque chose (59). Dans ces conditions, dire que la nomination d'un fonctionnaire est un acte-condition ne nous paraît guère satisfaisant. En réalité, la nature juridique de la nomination doit être déterminée au regard des différentes catégories de normes. On distingue, en effet, d'une part, « les normes créatrices », et d'autre part, les « normes d'application » (60). Les normes créatrices qui peuvent être générales ou individuelles, sont celles qui définissent elles-mêmes des obligations ou des droits, c'est-à-dire qui apportent des éléments de réglementation juridique. Tel est le cas, par exemple, du statut de la fonction publique. Les normes d'application sont celles qui prescrivent ou permettent l'application de normes fixant un fonds d'obligations ou de droit. Ces normes d'application peuvent également être générales ou individuelles. Ainsi, si la loi ou le décret proclamant l'état de siège est une norme d'application générale, la nomination d'un fonctionnaire, elle, est une norme d'application individuelle. Elle permet l'entrée en application d'un ensemble de règles générales préétablies, à savoir le statut de la fonction publique, à l'égard d'une personne nommément désignée.

Ainsi, à la conception de la nomination-acte condition, nous préférons celle de la nomination-norme d'application. Par ailleurs, nous rejetons les différentes constructions doctrinales relatives au caractère d'acte unilatéral, d'acte-union ou d'acte collectif de la nomination et que nous avons précédemment exposées. La définition « classique » considérerait l'acte unilatéral comme étant l'acte émanant de la volonté d'une seule et même personne. L'acte bilatéral ou multilatéral émanerait, au contraire, du concours de volontés de deux ou plusieurs personnes. Ne serait-il pas plus exact de prendre en considération l'étymologie du terme avant de lui attribuer une signification juridique. *Latus* signifiant en latin, côté, on en arriverait alors à définir l'acte unilatéral comme l'acte émanant d'individus placés d'un même côté, formant un seul camp (61). La nomination d'un fonctionnaire est alors manifestement un acte unilatéral, car il émane de la seule puissance publique, même si pour produire ses pleins effets, elle doit être acceptée par le fonc-

(59) EISENMANN, cours précité, pp. 231 et 232.

(60) *Ibid.*, p. 234.

(61) EISENMANN cours précité, pp. 199 et suiv.

tionnaire (62). L'acte unilatéral peut, d'après cette définition, émaner de plusieurs coauteurs dès lors qu'ils ne forment pas divers camps (ex. : la loi). L'acte bilatéral ou multilatéral sera alors l'acte émanant d'individus constituant plusieurs côtés ou camps. La distinction entre accord de volontés-union et accord de volontés-contrat ne résiste pas à un examen sérieux. On conçoit, en effet, difficilement un concours de volontés visant des objets différents. L'acte collectif, lui, n'est en réalité qu'un acte à plusieurs auteurs, de caractère unilatéral. Quant à l'acte-union et au contrat, ce sont des actes bilatéraux (63).

134. — Si la thèse « statutaire » se trouve désormais consacrée par le droit positif français (64), cela ne signifie pas pour autant que pour un certain nombre d'agents publics, le lien qui les unit à la collectivité ne puisse pas être contractuel. Nous avons vu précédemment que nombre d'agents des services publics administratifs ou mêmes industriels et commerciaux étaient recrutés sur la base d'un contrat de droit public. Il n'est pas dans nos intentions d'étudier les contrats administratifs (65), mais il est nécessaire de définir les grands traits qui caractérisent le contrat liant un agent public.

Si le contrat a pu être défini comme étant un « accord de volontés générateur d'obligations » (66), le contrat qui lie un agent public à la collectivité ne correspond pas exactement à la définition du contrat. Certes, un véritable accord de volontés est à l'origine de la situation de l'agent, accord qui vise, théoriquement, la détermination individuelle des droits et obligations qui résulteront de l'entrée au service de la collectivité. Mais, dans son contenu, le contrat qui sera signé, ne sera que partiellement un contrat. En réalité, le lien qui unit l'agent contractuel à l'Administration est un lien complexe, de nature à la fois contractuelle et réglementaire (67). En entrant au service de l'Administration sur

(62) M. DE LAUBADÈRE définit la nomination : un acte unilatéral affecté d'une condition résolutoire. (*Cours de grands services publics*, 1958-59, p. 121) v. dans le même sens, concl. TRICOT dans C.E., 5 juillet 1957, Anglade, D. 1957, p. 545.

(63) *Ibid.*, pp. 252 et 253.

(64) Le civil service britannique est, au contraire, fondé sur un lien contractuel (v. sur ce point, P.-M. GAUDEMET, *Le Civil Service britannique*, 1952, p. 70).

(65) Nous renvoyons sur ce point à l'ouvrage de M. DE LAUBADÈRE sur les contrats administratifs, déjà cité.

(66) M. DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, T. I, p. 7.

(67) Cf. concl. RIVET dans C.E., 26 janvier 1923 de Robert-Lafreygère, R.D.P. 1923, 237 : « Le lien, aujourd'hui rompu, qui unissait la colonie de Madagascar à son agent, était à la fois de nature contractuelle et de nature réglementaire ». Sur le plan de la théorie du droit, il serait plus exact de dissocier la nature du lien, qui est d'ordre purement contractuel et la nature des règles qui constituent la condition juridique de l'agent contractuel et qui comprennent à la fois des normes réglementaires et des normes individuelles.

la base d'un contrat de droit public, l'agent se trouve soumis partiellement à un statut dont les règles auront été posées par le contrat lui-même et partiellement à un statut dont le contenu est fixé par les lois et règlements, le contrat se bornant à prévoir l'application de ces traits à l'agent. Les stipulations contractuelles (68) débattues entre l'agent et la collectivité qui l'engage porteront notamment sur la durée du contrat. De telle sorte que si l'agent a le droit de rester au service durant toute la durée du contrat et se trouve ainsi en principe garanti contre un licenciement par suppression d'emploi (sauf par une loi ou par application d'une clause du contrat), il n'a, par contre, aucune garantie de renouvellement à l'expiration du contrat (c'est ce qui différencie en particulier l'agent contractuel du fonctionnaire). Par ailleurs, les contractants débattront des conditions dans lesquelles l'agent exercera ses fonctions et plus précisément l'objet même de ses fonctions. Enfin et surtout, les parties fixeront la rémunération de l'agent. Cette fixation se faisant indépendamment des principes posés par le statut de la fonction publique permet d'accorder surtout aux agents débutants des rémunérations plus substantielles que celles qui leur seraient reconnues par le statut. Nous avons déjà mentionné (69) l'abus de certaines situations contractuelles occupées en réalité par des fonctionnaires *stricto sensu*, qui se font mettre en position de détachement par leur administration aux seules fins de percevoir un traitement plus élevé, ceci dans la même administration.

Pour tout ce qui n'est pas prévu au contrat, la situation est réglée par référence aux règles générales de la fonction publique. Tel est notamment le cas du régime disciplinaire, bien que parfois le contrat prévoit une procédure de licenciement et les obligations professionnelles qui incombent à l'agent.

La partie statutaire de la situation d'un agent public contractuel tend à se développer au détriment de la partie proprement contractuelle. Ceci s'explique par la nécessité d'assurer une certaine uniformité de la condition des divers agents contractuels. Par ailleurs, si par analogie au principe posé par l'article 1134 du Code civil, les stipulations arrêtées par les parties ont en principe un caractère intangible, sauf clause contraire du contrat (clause de dédit par exemple) ou avenant librement consenti (70), il n'en faut pas moins tenir compte du but poursuivi, par l'Administration dans la passation de tels contrats. Il s'agit d'assurer l'orga-

(68) L'entrée au service par voie contractuelle permet notamment la prise en considération exclusive des titres indépendamment des modes de recrutement prévus par le statut des fonctionnaires (concours). Sur les concours de recrutement de la fonction publique en droit français, v. WALINE, *Rev. Int. sc. adm.*, 1957, p. 281.

(69) V. *supra*, n° 50.

(70) Cf. WALINE, D.A., 6^e éd., p. 330.

nisation et le fonctionnement des services publics. Or, dans ce domaine s'applique ce qu'après Rolland, on a appelé la « loi du changement » (71) ou le « principe de mutabilité » (72) des services publics. Et, il appartient à l'Administration d'apprécier quelles sont les mesures à prendre pour assurer une bonne gestion des services publics qu'elle assure. Ce principe lui permet de modifier à tout moment les dispositions législatives et réglementaires qui règlent l'organisation et le fonctionnement des services publics. Ces modifications ne seront pas sans avoir des conséquences sur la situation des agents contractuels de droit public employés dans ces services. « Considérant que la puissance publique reste toujours libre de modifier les dispositions statutaires qui régissent les agents des services publics même contractuels, dans l'intérêt et pour les besoins du service » déclare à plusieurs reprises le Conseil d'Etat (73). Mais, par ailleurs, s'agissant de la partie proprement contractuelle de la situation de l'agent, il faut noter que le contrat conclu par l'Administration a pu fixer une durée de l'emploi qui répond à une nécessité à un moment donné, mais dont l'utilité peut disparaître par la suite ; de même, le traitement a été fixé eu égard aux conditions spéciales de l'emploi à une certaine époque, mais ces conditions peuvent changer. De telle sorte que lorsque la situation créée devient inconciliable avec les nécessités du service, il appartient à l'Administration d'apprécier souverainement l'utilité du maintien de l'emploi, sauf droit à indemnité compensatrice (74). Le principe rappelé par le commissaire du Gouvernement Romieu (75) selon lequel « la puissance publique peut toujours dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, prendre les mesures d'autorité réglementaires ou fiscales qu'elle estime nécessaire en vue des besoins de la vie collective auxquels elle est chargée de pourvoir, sauf indemnité à la partie contractante » s'applique également aux agents contractuels et cela depuis fort longtemps (76). En cas de litige, c'est donc la loi, le règlement qui doit l'emporter. Et selon une formule de M. Brimo « la notion contractuelle est, en quelque sorte, immergée dans la notion légale ». L'engagement contractuel ne saurait faire obstacle à la suppression de l'emploi ou du service par l'autorité compétente. De telle sorte que le droit à indemnité compensatrice en cas de rupture brusque ou abusive avant le terme est en fait le seul droit que l'agent contractuel tire de son contrat, en vertu des principes généraux de la responsabilité administrative (77). En effet, si les

(71) BRIMO, « Le Fonctionnaire contractuel », R.D.P. 1944, p. 107.

(72) WALINE, D.A., 7^e éd., p. 591.

(73) C.E., 2 mars 1949, Synd. Nat. Pers. civ. Rec. p. 102 ; C.E., 4 mars 1953, Synd. Nat. des Ing. Rec., p. 703.

(74) V. BRIMO, article cité.

(75) C.E., 29 décembre 1905, Bardy, Rec. p. 1019.

(76) C.E., 24 janvier 1849, Henrichs, p. 65, déjà cité.

(77) V. BRIMO, article précité.

nécessités du bon fonctionnement des services publics exigent la rupture précipitée du contrat, elles entraînent du même coup un préjudice spécial, anormal, source de responsabilité. Mais il faut immédiatement ajouter que le droit à l'indemnité compensatrice disparaît si la rupture vient de l'agent, même si elle a été provoquée par une décision de l'autorité publique lui assignant un emploi différent du poste attribué par un contrat, mais analogue par sa nature juridique à l'emploi prévu (78).

Nous avons déjà signalé le développement de la partie statutaire de la situation juridique d'un agent contractuel de droit public. Il arrive un moment où cette situation n'est plus définie spécialement par les parties au contrat, mais par simple référence, figurant dans le contrat, à divers textes législatifs ou réglementaires. L'accord de volontés n'est plus à proprement parler générateur mais simplement attributif d'obligations définies statutairement (par des lois ou des règlements). Peut-on alors encore parler de contrat ? Cette question s'est posée au sujet de la nature juridique de l'engagement militaire.

135. — Deux thèses opposées ont été, et sont encore, soutenues en doctrine. Selon l'une, l'engagement militaire n'aurait rien de contractuel. Cette affirmation s'appuyait sur les conclusions du commissaire du Gouvernement Corneille dans l'arrêt Chirac (79), d'après lesquelles : « une fois l'accord de volontés devenu effectif, la situation juridique se différencie de la notion contractuelle... La situation juridique va se trouver désormais réglementaire et non contractuelle ». M. Waline souligne le caractère étrange de l'affirmation selon laquelle c'est seulement « une fois l'accord des volontés devenu effectif » que la situation « se différencie » de la « notion contractuelle ». Ou bien, écrit-il, « c'est une pure logomachie (une situation qui se différencie d'une notion) ou bien cela suppose une transsubstantiation d'ordre magique dont le mystère nous échappe » (80). Dans la mesure où les contrats donnent naissance à des situations contractuelles et les actes autres que les contrats à des situations réglementaires et non contractuelles, M. Waline ne conçoit pas que les situations juridiques changent de nature, « comme les serpents changent de peau », une fois l'accord de volontés devenu effectif, c'est-à-dire après le consentement.

En dépit de la consécration de la thèse contractuelle par la jurisprudence et le législateur, Jèze a toujours affirmé (81) que l'engagement volontaire militaire, le rengagement ne sont pas des

(78) C.E., 26 janvier 1923, de Robert-Lafreygère, précité.

(79) C.E., 16 juillet 1920, Chirac, concl. CORNEILLE, *Rec.*, p. 708, R.D.P. 1920, 537.

(80) Note WALINE sous C.E., 29 janvier 1947, Michaux, R.D.P. 1948, 78.

(81) JÈZE, *Principes généraux*, T. III, p. 174. Note sous C.E., 29 janvier 1947, Michaux, précité. R.D.P. 1948, 259.

contrats. Il considérerait que ces actes constituaient des « accords de volontés de nature non contractuelle », qu'ils étaient des « actes-conditions appliquant à un individu un statut légal ou réglementaire, une situation juridique générale et impersonnelle, créée par la loi » (82). Il faut reconnaître l'exactitude de certains des arguments invoqués par Jèze, à l'appui de sa thèse. Il est vrai, en particulier, que « tout accord de volontés n'est pas un contrat, si tout contrat est un accord de volontés ». Ainsi, le mariage qui est manifestement un accord de volontés, n'est pas un contrat. Il en est de même pour la nomination du fonctionnaire, encore qu'à notre avis, celle-ci se concrétise par un acte juridique de caractère manifestement unilatéral. Mais il est vague de dire qu'« il n'y a contrat que si la situation juridique est créée par l'accord de volontés ». Certes, ce n'est pas l'accord de volontés constaté par la célébration du mariage qui crée le statut du mariage ; l'acte de mariage est, selon la terminologie que nous avons déjà définie, une norme d'application. Il en est de même de l'acte d'engagement militaire qui rend applicable à l'engagé un ensemble de dispositions législatives et réglementaires. Mais rien ne s'oppose à ce que l'acte de mariage soit une norme d'application bilatérale au même titre que l'acte d'engagement militaire, sans toutefois être, lui, un contrat (83). Et comme nous le verrons, l'acte d'engagement, pour sa part, pose à la fois une norme d'application et une norme créatrice. Tout récemment encore, M. de Soto s'est prononcé pour la thèse de la situation « légale et réglementaire ». Bien que reconnaissant qu'à la base, il existe un accord de l'intéressé et de l'armée, l'auteur n'en ajoute pas moins tout aussitôt, « au fond, il n'y a rien de contractuel dans l'engagement militaire et l'on voit mal d'ailleurs des discussions intervenir en pareille matière entre de prétendus cocontractants » (84).

Or, compte tenu de l'opinion défendue par une partie non négligeable de la doctrine, des décisions jurisprudentielles et des qualifications données par les textes, nous nous prononçons en faveur de la nature contractuelle de l'engagement militaire.

L'engagement militaire a été défini par M. Waline comme étant « un contrat par lequel une personne se soumet, pour une durée supérieure à la durée légale du service, aux obligations et au statut militaires ; en contrepartie de cette prolongation du service, l'Etat

(82) Cf. *supra*, la critique de cette terminologie.

(83) Le mariage n'est pas un acte unilatéral, mais un acte bilatéral, les deux volontés qui interviennent exprimant dans l'acte des intérêts juridiques contradictoires. Mais ce n'est pas un contrat. Voir sur ce point : J. MARTIN DE LA MOUTTE : *L'Acte juridique unilatéral*, 1951, n° 48, p. 54.

(84) DE SOTO : « Les Fonctionnaires contractuels », *Mélanges Mestre*, précités, p. 505, note 1. La même thèse a été défendue par M. COUTANT dans la *Revue administrative* de 1949, p. 578.

lui garantit certains avantages pécuniaires, militaires et de carrière civile ultérieure » (85).

La loi du 31 mars 1928 sur l'organisation du recrutement de l'armée, s'est nettement prononcée en faveur du caractère contractuel de l'engagement militaire, ne faisant en cela que confirmer les lois antérieures qui utilisaient l'expression : « contracter un engagement ». M. Waline note qu'à six reprises le législateur de 1928 a utilisé le terme « contrat » pour désigner l'engagement ou le rengagement (86). La loi a attribué le caractère contractuel non seulement aux engagements contractés en vertu de la nouvelle loi, mais également aux engagements en cours au moment de sa promulgation. On peut se demander quelles raisons poussaient Jèze à croire qu'il ne fallait accorder aucune importance à la terminologie du législateur (87).

Par ailleurs, on peut estimer que les éléments d'un contrat se trouvent réunis. On peut difficilement nier le caractère contractuel du mode de formation du rapport juridique qui est créé entre l'armée et le militaire. Non seulement il y a accord de volontés à la base, ce qui d'ailleurs n'a jamais été sérieusement contesté, mais encore cet accord est productif d'obligations. Comme le note M. Waline, ces obligations ne sont peut-être pas synallagmatiques, mais au moins l'obligation de servir au-delà de la durée légale a sa source exclusivement dans l'engagement. En cela, le contrat pose une norme créatrice et par ailleurs le contrat pose une norme d'application d'un certain nombre de règles d'origine législative ou réglementaire.

Si on a pu s'étonner de l'intervention de l'Etat par des actes unilatéraux dans la situation de l'engagé pour en augmenter ou en diminuer les obligations, c'est que l'on oubliait que de telles interventions existaient aussi pour d'autres contrats, même passés entre particuliers.

Nous en reparlerons plus loin en envisageant le contrat de travail. Mais, par ailleurs, on ne peut passer sous silence les interventions législatives et réglementaires dans le domaine des loyers et des baux à ferme.

Peut-on alors contester ce droit d'intervention étatique lorsqu'il s'agit de ses propres contrats ? Qui peut le plus peut le moins. S'agissant des contrats de droit public passés par l'Etat, nous avons vu qu'il existait au bénéfice de la collectivité publique un pouvoir de modification selon les exigences du service. Or, les contrats d'engagement sont passés en vue d'assurer le service public de la Défense nationale.

136. — La jurisprudence consacre à l'heure actuelle la thèse

(85) Note sous l'arrêt Michaux, précitée.

(86) Art. 61, 62, 67, 75, 78, 79.

(87) Note précitée sous l'arrêt Michaux.

contractuelle car, comme le fait remarquer M. Pequignot, « la jurisprudence tire de la nature contractuelle de droit public de l'engagement militaire des conséquences qui seraient difficilement explicables, si l'on s'en tenait à la théorie statutaire et réglementaire » (88). On peut noter trois phases dans l'évolution jurisprudentielle (89). Le Conseil d'Etat a, tout d'abord, reconnu le caractère contractuel de droit public de l'engagement militaire (90). Puis, sur les conclusions du commissaire du Gouvernement Cornille, il a rejeté l'idée de contrat (91). A l'heure actuelle, la thèse contractuelle est à nouveau consacrée par la jurisprudence (92) qui se trouve ainsi revenue à son point de départ. Dans ses conclusions dans l'affaire Michaux, qui consacre ce nouveau revirement jurisprudentiel, le commissaire du Gouvernement Theis s'est référé au précédent de l'arrêt Péchin (93) dans lequel le Conseil d'Etat avait constaté que « le contrat d'engagement s'est trouvé définitivement conclu ». Il estimait que le litige dont a été saisi le Conseil d'Etat était d'ordre contractuel et qu'en vertu de la jurisprudence Péchin, ledit Conseil était compétent pour statuer. Mais le commissaire du Gouvernement ajoute : « Bien qu'entrés contractuellement dans l'armée, les engagés volontaires ne s'en trouvent pas moins dans une situation statutaire dont l'autorité publique demeure libre de modifier à tous instants les éléments, sauf droit des intéressés à obtenir une indemnité s'ils ont subi de ce fait un dommage spécial ». L'application de ce principe de la mutabilité du contrat d'engagement a lieu dans les mêmes conditions que pour un contrat de droit public normal. C'est ainsi que l'armée peut mettre fin prématurément au contrat d'engagement si les circonstances l'exigent (94). Par ailleurs, la jurisprudence fait

(88) Note sous C.E. 30 septembre 1955, Vilmain, R.P.D.A. 1956, p. 47.

(89) Voir sur ce point article BRIMO à la R.D.P. 1944, précité, qui ne relève que deux phases en 1944.

(90) C.E. Allard 17 mars 1911, *Rec.*, p. 334, M. BRIMO cite par ailleurs un arrêt de la Cour de cassation qualifiant de contrat de droit privé l'engagement militaire (Cass. 10 décembre 1878, concl. DESJARDINS, S. 1879.I.222).

(91) C.E., 16 juillet 1920, Chirac, précité.

(92) C'est à tort, à notre avis, que le commissaire du gouvernement LONG a pu déduire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 février 1956 (de Fontbonne, *Rec.*, p. 45), que la Haute juridiction consacrait à nouveau le caractère réglementaire de la situation juridique de l'engagé et du rengagé (cf. concl. dans C.E. 27 novembre 1957, Dlle Laurencin, A.J. 1957.II.491). Il n'avait jamais été contesté, en effet, que bien que placé dans une situation contractuelle, l'engagé ou le rengagé devait respecter un ensemble de textes législatifs réglementaires. Dès lors qu'un contrat de rengagement est contraire aux dispositions d'un texte législatif ou réglementaire, c'est à juste titre que l'autorisation administrative donnée en vue de la conclusion d'un tel contrat peut être retirée.

(93) C.E., 23 mars 1917, Péchin, *Rec.*, p. 264.

(94) C.E., 4 novembre 1942, Ass. Nat. des Off. de réserve engagés, *Rec.*, p. 302, 27 novembre 1957, Min. Forces Armées, R.D.P. 1958, p. 147.

application de la théorie de la cause dans les contrats (95) et de la théorie de l'équation financière d'après laquelle le cocontractant a droit à une indemnité au cas de modification par l'armée des obligations mises à sa charge (96). De même, l'armée peut être condamnée à des dommages et intérêts pour violation fautive des dispositions contractuelles (maintien sous les drapeaux au-delà de la date d'expiration du contrat, sans que les circonstances le nécessitent (97).

L'acte d'engagement militaire est donc bien un contrat, même si, selon M. de Laubadère, il est simplement « attributif de situation statutaire » (98).

C. — LA NATURE JURIDIQUE EXACTE DU STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE.

137. — Si formellement l'article 5 de la loi du 19 octobre 1946 avait mis fin au débat entre partisans de la thèse contractuelle et ceux de la thèse statutaire, en excluant en principe (99), l'analyse contractuelle des rapports entre l'Etat et ses agents, cela ne signifiait pas pour autant que toute idée « contractuelle » était écartée du cadre statutaire des agents publics.

Il faut, d'abord, souligner que l'entrée au service public en qualité de fonctionnaire suppose toujours le consentement de l'intéressé. Il y a donc à la base, à défaut de contrat, du moins un accord de volontés, de telle sorte que, comme le souligne M. Vedel, « nul ne devient fonctionnaire contre son gré » (100).

Par ailleurs, l'analyse des conditions d'élaboration (101) et de modification ultérieure du statut de 1946 ne correspondait pas exactement à l'analyse classique du caractère statutaire, selon laquelle la personne publique devait pouvoir librement déterminer le statut et le modifier à son gré, en l'absence de tout droit acquis au maintien des règles existantes.

Tout d'abord, l'article 141 de la loi du 19 octobre 1946 avait décidé « qu'en ce qui concerne les règles disciplinaires, de muta-

(95) C.E., 29 janvier 1947, Michaux, précité.

(96) C.E., 19 novembre 1909, Zeilabadine, S. 1910.3.1 note HAURIUO.

(97) C.E., 30 septembre 1955, Vilmain, précité. M. PEQUIGNOT note que, même si le maintien avait été justifié par les circonstances, l'intéressé aurait un droit à une indemnité en application de la théorie de l'équation financière. Voir également C.E., 23 octobre 1957, Camy et Morgad, R.D.P. 1958, p. 154.

(98) DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, T. I, p. 7.

(99) S'il est vrai que la formule de l'article 5 écartait désormais la notion de « fonctionnaire contractuel », cela ne signifiait pas pour autant, comme nous l'avons vu précédemment, qu'il n'y avait pas des agents contractuels de droit public ou de droit privé au service de l'Etat.

(100) VEDEL, Cours 1953-54, p. 877.

(101) Sur l'idée du statut, œuvre législative et œuvre collective, voir G. LUPU, *Les positions du fonctionnaire*, 1956, pp. 3-4.

tion, d'avancement de classe et de grade, le présent statut ne pourra porter atteinte aux situations acquises ». Il est vrai que le Conseil d'Etat avait interprété de façon restrictive ce principe de telle sorte que l'article 141 n'entraînait que le maintien des avantages individuels déjà acquis sous l'empire de la réglementation antérieure (102). Par ailleurs, la puissance publique ne pouvait agir unilatéralement pour modifier le statut de la fonction publique. Qu'il s'agisse des questions de traitements, des tentatives de compression dans le personnel, du problème de reclassement des fonctions publiques, l'Etat devait prendre en considération, en fait, comme en droit, les propositions qui pouvaient lui être présentées par les organisations syndicales de fonctionnaires. En dehors des moyens de pression dont disposaient les syndicats de fonctionnaires, notamment au moyen de la grève, il fallait tenir compte des possibilités offertes par les textes eux-mêmes aux fonctionnaires pour leur permettre de faire connaître leur point de vue. Les articles 19 et 20 du statut avait prévu la création du Conseil supérieur de la Fonction publique et des comités techniques paritaires, organes réunissant des représentants de la puissance publique et des organisations syndicales, sur lesquels nous aurons l'occasion de revenir par la suite. Or, d'après l'article 20 précité, les comités techniques saisissaient les ministres dont ils relevaient, ou étaient saisis par lui ou par le Président du Conseil, des problèmes intéressant l'organisation ou le fonctionnement de l'Administration ou du service. Ils proposaient les mesures qu'ils estimaient propres à les résoudre et étaient tenus au courant de la suite donnée à leurs propositions. Le Gouvernement avait considéré qu'entraînait dans les attributions ainsi définies l'étude des projets de statuts du personnel, car les règles statutaires conditionnent la marche des services (103).

D'autre part, l'article 19 reconnaissait une compétence générale au Conseil Supérieur de la Fonction publique, qui pouvait être saisi par le Président du Conseil ou par un de ses membres de toutes questions intéressant les fonctionnaires ou la Fonction publique. Non seulement il était consulté pour les dérogations aux dispositions du Statut général qui pouvaient être insérées dans les statuts propres à certains corps, en application de l'article 2, alinéa 2 de la loi, mais, de plus, tous les textes généraux pris pour l'application de la loi du 19 octobre 1946 lui ont été soumis et le « reclassement » des traitements a fait l'objet d'un examen attentif de la part du Conseil. M. Grégoire a posé d'ailleurs le principe qu'aucune réforme d'ensemble concernant des règles applicables à tout ou partie des agents de l'Etat ne saurait être prise sans qu'il

(102) C.E., 15 juillet 1954, *Graziani, Rec.*, p. 485. Voir sur ce point, *PLANTEY, op. cit.*, p. 111, n° 249. C.E., 22 avril 1959, *MAITRE, R.P.D.A.* 1959, n° 172, p. 84.

(103) *GRÉGOIRE, op. cit.*, p. 97.

soit préalablement consulté (104). De telle sorte qu'on a pu dire que « dans une certaine mesure, l'Etat est en train de rendre collectivement contractuelle la détermination de la condition de ses propres agents des services publics » (105). D'ailleurs, cette conception semblait avoir été celle du législateur lui-même. Le rapporteur du statut de la fonction publique, M. Fagon, ne déclarait-il pas que la formule de l'article 5 ne doit pas « donner à penser que le lien de droit public qui unit l'Administration et le fonctionnaire soit un acte de la puissance publique tel qu'il ne laisse au fonctionnaire aucune possibilité d'en modifier les termes... L'Administration s'engage... à adapter le mieux possible les conditions d'emploi de ses agents aux exigences de la justice et aux convenances matérielles et morales de l'intéressé » (106).

Le principe statutaire affirmé par le législateur ne régissait donc, en réalité, que les relations individuelles de chaque fonctionnaire avec l'Etat. Ce qu'il importait de considérer, c'était que ces rapports individuels s'inscrivaient dans le cadre des rapports collectifs entre l'Etat et les groupements de fonctionnaires, au sein de l'institution administrative. « Condamné au plan individuel, écrivait M. Rivero, le contrat reparait au plan collectif ; avec ses agents groupés en syndicats, l'Etat ne peut espérer agir par voie autoritaire, car ils sont, en définitive, sa force ; la discussion ne peut être refusée. C'est par eux qu'il est puissant et peut contraindre ; face à eux, son autorité se dissout : elle est liée à ce corps d'agents qui l'incarnent » (107). Les fonctionnaires étaient véritablement intégrés à l'institution administrative qui, sans eux, ne serait rien ; aussi était-elle obligée de discuter avec eux des conditions de leur participation à l'entreprise commune. Il n'était donc plus exact de dire que par suite de leur soumission à un régime statutaire les fonctionnaires se trouvaient dans une situation diamétralement opposée de celle des agents des personnes privées régis par un contrat (108). Car, comme le faisait remarquer M. Duclos : « Il est plus avantageux d'être dans une situation statutaire et réglementaire devant une règle à l'élaboration de laquelle on participe, que d'être dans une situation contractuelle devant une règle que l'on est sans moyen juridique de faire modifier » (109).

(104) GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 98. Notons que M. GRÉGOIRE a été le premier directeur de la fonction publique.

(105) R.E. CHARLIER, « Puissance publique et question sociale », *Mélanges Mestre*, p. 94.

(106) Voir sur ce point P. DUCLOS dans *Politique* 1947, pp. 124 et suiv. « Le Statut général des fonctionnaires ».

(107) RIVERO, « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », *D.* 1947, *Chr.*, p. 149.

(108) Voir dans le même sens : P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau », *D.S.* 1952, 437, et BRUN et GALLAND, *Droit du Travail*, n° 1-145, p. 183.

(109) DUCLOS, article cité, p. 131.

138. — Compte tenu de la procédure d'élaboration du nouveau statut, promulgué par l'ordonnance du 4 février 1959, force est de reconnaître que ce nouveau statut est avant tout une œuvre réglementaire. La nouvelle Constitution du 4 octobre 1958 nécessitait peut-être une nouvelle présentation du statut des fonctionnaires, elle ne commandait pas nécessairement une nouvelle orientation. L'article 34 de la Constitution qui a déterminé le contenu du pouvoir législatif avait prévu que « la loi fixe également les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat » (110). Dans la mesure où l'ensemble des règles contenues dans la loi de 1946 n'étaient pas constitutives de « garanties fondamentales », il apparaissait normal que le statut des fonctionnaires se décomposât désormais, comme le Code des pensions par exemple, en une partie législative et une partie réglementaire. En effet, toutes les règles relatives au statut des fonctionnaires, qui ne s'analysaient pas en garanties fondamentales relevaient, en application de l'article 37 de la Constitution, du pouvoir réglementaire. On pouvait donc s'attendre à ce que le Parlement de la V^e République soit saisi tôt ou tard d'un projet ou d'une proposition de loi tendant à la détermination des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'Etat. En fait, cette détermination a été l'œuvre du Gouvernement puisque l'ordonnance du 4 février 1959 a été prise dans le cadre des pouvoirs spéciaux transitoires reconnus au Gouvernement par l'article 92 de la Constitution. Si formellement, c'est bien un texte ayant valeur législative qui a fixé les garanties fondamentales reconnues aux fonctionnaires, en fait, ces garanties ont été déterminées par le pouvoir réglementaire. Et l'on peut se demander s'il y avait urgence à la promulgation de ce nouveau statut dans la mesure où la fonction publique étant déjà dotée d'un statut, l'ordonnance du 4 février 1959 n'était nécessaire ni à la mise en place des institutions et au fonctionnement des pouvoirs publics, ni à la vie de la Nation, ni à la protection des citoyens ou à la sauvegarde des libertés. Il est vrai que l'article 92 a laissé le soin au Gouvernement d'apprécier l'opportunité des mesures à prendre (111).

(110) On peut se demander si le statut du personnel communal n'échappe pas désormais entièrement au pouvoir législatif, à moins qu'il n'en relève par le biais de la formule selon laquelle « la loi détermine les principes fondamentaux : ... de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ». D'ores et déjà, les décrets des 12 août et 19 octobre 1959 ont modifié des dispositions de la loi du 28 avril 1952.

(111) Aucun contrôle de la constitutionnalité des ordonnances prises durant la période transitoire n'a été institué par la Constitution, qui a seulement prévu la consultation du Conseil d'Etat. La commission constitutionnelle n'a exercé (art. 91) que les attributions conférées au Conseil constitutionnel en matière d'élection du Président de la République (art. 58) et des députés et sénateurs (art. 59). La procédure de l'art. 61 était donc inapplicable, comme celle de l'art. 38 d'ailleurs.

Ce qu'il y a eu de plus grave, c'est que ce nouveau statut a été élaboré sans que les organisations syndicales soient consultées, ce qui explique les nombreuses protestations qui ont été formulées à ce sujet. Il semble d'ailleurs que cette élaboration a été des plus laborieuses, puisqu'elle ne fut achevée que la veille de l'expiration des pleins pouvoirs reconnus au Gouvernement. Ce nouveau statut est donc loin d'être une œuvre collective. Mais de plus, la part faite au syndicalisme y est assez réduite, comme nous aurons l'occasion de le voir par la suite, de telle sorte que le caractère « contractuel » ou tout au moins « collectif » du nouveau statut est inexistant. A l'image de certaines autres réformes réalisées durant les premiers mois de la V^e République, le nouveau statut apparaît incontestablement plus « autoritaire » que « démocratique », alors que le statut de 1946 était marqué par la tendance inverse. La discrétion de l'ordonnance du 4 février 1959 à l'égard des organismes paritaires de la fonction publique est à elle seule significative. Mais de plus, les décrets du 14 février 1959 en reprenant la plupart des dispositions relatives à ces organismes contenues dans la loi du 19 octobre 1946 ont apporté quelques modifications lourdes de conséquences. Le Conseil supérieur de la Fonction publique perd sa compétence générale et la saisine des comités techniques paritaires n'est plus que facultative (112). Dans ces conditions, il est à craindre que comme pour son élaboration, le nouveau statut fasse l'objet de modifications décidées par voie autoritaire, sans consultation des représentants des organisations syndicales.

§ 2. — Les agents de droit privé.

Comme précédemment, pour les agents publics, nous allons retrouver, s'agissant des agents de droit privé des personnes publiques, comme modalités d'organisation des rapports de subordination, d'une part le contrat, d'autre part de statut. Mais il s'agit cette fois du contrat de droit privé et du statut réglementaire de droit privé.

139. — Par ailleurs, dans la mesure où leur personnel n'est pas régi par un statut législatif ou réglementaire particulier, les entreprises publiques peuvent passer des conventions collectives (113).

(112) A cet égard on ne peut s'empêcher de relever la confusion qui résulte de la combinaison des articles 46 et 54 du décret 59-307 qui sont contradictoires. Mais l'instruction du 13 mai 1959 souligne le caractère facultatif de la saisine.

(113) Dans la mesure où le personnel se trouve régi par les règles de droit privé, la conclusion des conventions collectives apparaît normale et ne soulève aucune difficulté (ex. : Renault, Assurances, Banques). Il faut cependant signaler la situation particulière du personnel du commissariat à l'Energie atomique (voir TOUTEE, « Le commissariat à l'Energie atomique. Ses aspects

Rappelons qu'un décret du 1^{er} juin 1950 a dressé la liste des entreprises qui échappent ainsi à la législation sur les conventions collectives. Une jurisprudence récente est venue préciser la portée de ce décret (114). Tout d'abord, ledit décret présente un caractère non pas limitatif, mais énumératif (115). D'autre part, la jurisprudence adopte, à propos de cette question, une conception très large des termes « entreprise publique » dont le personnel est soumis à un « statut législatif ou réglementaire particulier » (116). Enfin, le Conseil d'Etat a estimé que la loi du 11 février 1950 n'avait pas cristallisé la situation existant lors de sa promulgation de telle sorte que, postérieurement, des entreprises soumises au régime des Conventions collectives pouvaient être dotées d'un statut particulier qui les soustrait à ce régime (117).

140. — Nous aurons l'occasion d'examiner les problèmes soulevés par le contrat de louage de services unissant un agent de droit privé à une personne publique lorsque nous envisagerons les rapports qui unissent les agents des personnes privées à leur employeur, les rapports contractuels étant de même nature dans les deux cas.

141. — En ce qui concerne les statuts de droit privé, dont ont été dotés les agents de certaines entreprises nationalisées, nous avons déjà souligné que ces textes avaient été élaborés alors que des liens étroits unissaient la puissance publique représentée par l'entreprise nationalisée et les organisations syndicales ouvrières. Les décrets de promulgation des statuts ayant été pris après une

juridiques, D.S., 1953, 317). Le commissariat à l'Energie atomique qualifié d' « établissement scientifique, technique et industriel » par l'article 1 de l'ordonnance du 18 octobre 1945 a été considéré comme un établissement public par la section des Travaux publics du Conseil d'Etat dans un avis du 1^{er} juillet 1947. Mais dans la mesure où, en tant qu'établissement public, le C.E.A. présente un caractère mixte : scientifique et industriel (chargé d'exploitations et réalisations industrielles) une convention collective a pu être signée en application de la loi du 11 février 1950. Alors que l'O.N.E.R.A. (Office national d'Etudes et de Recherches aéronautiques), étant simplement un établissement public à caractère scientifique (chargé d'études et de recherches) ne constitue pas une « entreprise » et n'avait donc pas de convention collective à établir avec son personnel (avis du Conseil d'Etat du 3 juillet 1952). Le personnel des exploitations minières du C.E.A. est le cas échéant soumis au statut du mineur. Le reste du personnel est placé sous un régime contractuel de droit privé dans le cadre de la convention collective précitée, sous réserve de certains agents contractuels de droit public, en application du critère applicable aux services publics industriels et de certains fonctionnaires détachés.

(114) Cf. « Chronique de jurisprudence administrative » de FOURNIER et BRAIBANT, A.J. 1957, p. 500.

(115) C.E., 18 octobre 1957, Synd. régional C.G.T. A.J. 1957. II. p. 490.

(116) Mêmes références que ci-dessus.

(117) C.E., 8 novembre 1957, Féd. des Synd. Chrétiens de Cheminots, A.J. 1957, II, p. 490.

discussion et en accord avec les organisations syndicales, il ne faut pas, comme le souligne M. Durand (118), « exagérer dans l'ordre sociologique le caractère unilatéral du statut qui apparaît très voisin d'une convention collective agréée ». Le rôle joué par les organisations syndicales dans l'élaboration du statut réglementaire du personnel de certaines entreprises nationalisées est donc comparable à celui que nous avons déjà mentionné dans le cadre du statut de la fonction publique. Ainsi, les agents par l'intermédiaire des organisations syndicales ont-ils leur mot à dire dans la détermination par leur employeur des conditions dans lesquelles ils sont appelés à travailler à leur service. Et ce qui doit être signalé, c'est que ce rôle se manifeste aussi bien dans le cadre des relations de travail de droit public que de droit privé.

142. — A bien des égards, le statut se rapproche de la convention collective. S'il est vrai qu'au départ, ces deux sources de droit du travail se distinguent l'une de l'autre parce que le statut est un acte unilatéral, tandis que la convention collective est un acte bilatéral, il faut tenir compte de l'évolution des faits. Si par le procédé du statut les organisations syndicales ont pu faire admettre des revendications qui auraient été rejetées sur le plan de l'entreprise, il faut reconnaître avec M. Durand (119), que si la situation politique se modifie, « ce qui était hier avantage, devient aujourd'hui péril », parce que des modifications pourront être apportées au statut contre la volonté des organisations syndicales. Mais cette « substitution du pouvoir politique au pouvoir professionnel » n'est pas propre aux rapports des personnes publiques avec leurs agents. Si d'une part, pour reprendre les termes mêmes de M. Durand, « l'influence des partis, la recherche des alliances et le hasard des convenances gouvernementales » priment la négociation au sein de l'entreprise et l'équilibre des intérêts et des forces, il faut constater d'autre part que dans le domaine des rapports des personnes privées avec leurs agents, la « dépendance de l'entreprise à l'égard de la puissance publique », qui a eu raison de ses efforts en vue de conserver son autonomie, n'est pas sans exercer une certaine influence. Par ailleurs, en vertu du principe de la hiérarchie des actes juridiques qui subordonne le règlement à la loi, le statut, de même que la convention collective, ne peut déroger aux dispositions légales d'ordre public (120). Mais, dans la mesure où les dispositions d'ordre public de la législation du travail sont inspirées par le souci d'assurer la protection des salariés, les règles posées par le statut pourront déroger aux disposi-

(118) DURAND, article cité, C.J.E.G., 1954, pp. 99 et suiv.

(119) DURAND, article cité, p. 101.

(120) M. DURAND rappelle opportunément que ce principe s'applique non seulement aux dispositions législatives expresses, mais également aux principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence.

tions du Code du travail et des autres textes non codifiés relatifs au droit du travail dans un sens plus favorable aux salariés. Les statuts spéciaux du personnel de certaines personnes publiques sont donc soumis au même principe : « Chacun peut améliorer la situation du personnel par rapport aux règles du droit commun du travail ; nul ne peut l'empirer » (121). Il doit en résulter, normalement, l'extension de la jurisprudence initialement élaborée pour les conventions collectives, selon laquelle sont annulées les clauses dérogeant aux règles d'ordre public protectrices des salariés (122).

143. — Mais, sur d'autres points, on ne peut entièrement assimiler statut et convention collective. Nous examinerons les différences existant entre ces deux catégories d'actes juridiques après avoir examiné la structure des rapports existant entre les personnes privées et leurs agents et, en particulier, l'importance croissante du rôle joué par la convention collective comme source de réglementation du travail (123).

SECTION II

LA NATURE JURIDIQUE DU LIEN UNISSANT LES PERSONNES PRIVÉES ET LEURS AGENTS

Le problème de la nature juridique du lien qui unit le salarié à son employeur doit être replacé dans le cadre plus général de la réglementation des conditions du travail.

§ 1. — La réglementation du travail et le statut du travailleur.

144. — Nous avons constaté précédemment l'évolution du caractère du lien de fonction publique qui, de purement réglementaire, se teinte d'éléments contractuels sur le plan collectif. Nous allons enregistrer un phénomène inverse s'agissant du lien de subordination de droit privé. L'action conjuguée de ces deux tendances contribue évidemment au rapprochement de la condition juridique des deux grands groupes de préposés.

La constatation de cette évolution est ancienne. Duguit avait déjà relevé, au début du siècle, que « la situation du patron et de l'ouvrier cesse d'être une situation contractuelle et subjective

(121) DURAND, article cité, p. 103.

(122) Cass. soc., 30 novembre 1939, G.P. 1940.I.113.

(123) Cf. *infra*, n° 165 et suiv.

pour devenir une situation réglementaire et objective » (124). De même, Hauriou, faisant allusion aux comparaisons faites à l'époque par les auteurs entre la situation des fonctionnaires et celle des ouvriers ou employés de l'industrie privée, soulignait qu'il ne fallait pas seulement tenter de « ramener la situation du fonctionnaire à celle de l'employé de la vie privée, alors qu'au contraire, dans la réalité des choses, c'est la situation de l'employé de la vie privée qui évolue vers celle du fonctionnaire ». Et constatant que « le besoin croissant de stabilité, les syndicats, les retraites, les assurances variées, le développement de la législation industrielle tendent à créer dans la vie privée, des institutions et à rétrécir continuellement la part du contrat », il prévoyait que « la situation de l'ouvrier ou de l'employé sera bientôt aussi institutionnelle, c'est-à-dire aussi légale et réglementaire, aussi statutaire et par suite aussi peu contractuelle que celle du fonctionnaire » (125).

Depuis, cette évolution n'a fait que s'affirmer et a conduit le doyen Ripert à conclure que « les rapports entre patrons et salariés échappent aujourd'hui aux règles du droit privé : ni la formation du contrat, ni sa rupture ne sont toujours libres ; à plus forte raison les obligations qu'il crée » (126). Mais, l'auteur, après avoir constaté que « les obligations des parties ne sont plus fixées par le contrat ou ne le sont que dans les limites fort restreintes où le permet une législation de caractère impératif » (127), nous paraît exagérer la portée exacte de cette évolution lorsqu'il écrit qu'« il n'y a plus à l'heure actuelle d'autre réglementation que celle de l'Etat. Les autorités rivales ont disparu, les autorités intermédiaires entre l'Etat et les sujets de droit n'ont plus de pouvoir réglementaire. L'Etat est seul et veut être seul » (128). Ceci semble méconnaître le pouvoir réglementaire reconnu aux syndicats qui, par le moyen des conventions collectives, contribuent à l'élaboration de la réglementation du travail. Il est vrai que pour le doyen Ripert les conventions collectives imposent des « règles qui annoncent les règles légales de demain » (129). Sans aller aussi loin que le doyen Ripert, M. Delbez notait à la veille de la dernière guerre, que la « situation juridique des individus est mixte, pour une très grande part réglementaire et objective, pour une part beaucoup plus mince, mais encore appréciable, contractuelle et subjective. C'est dans ce résidu contractuel, que

(124) DUGUIT, *Manuel de droit const.* 1907, p. 549, voir dans le même sens GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Th. Dijon, 1912, p. 436.

(125) HAURIOU, *Précis de droit adm.*, 11^e éd. 1927, 596, n^o 1.

(126) RIPERT, *Le Déclin du droit*, 1949, p. 56.

(127) RIPERT, *op. cit.*, p. 86.

(128) RIPERT, *op. cit.*, p. 68.

(129) RIPERT, *ibid.*, p. 57. Il est vrai que cet ouvrage a été écrit sous l'empire de la loi du 23 décembre 1946, qui soumettait les conventions collectives à l'agrément du ministre du Travail.

consiste le dernier bastion de résistance du droit privé, en déroute devant le droit public » (130).

145. — La réglementation étatique du travail n'a fait que se développer dans le cadre de l'économie de guerre et de l'économie dirigée d'après-guerre. Ce développement et celui des Conventions collectives ont réduit, écrit M. Durand, « le domaine offert à la liberté des contractants et abouti à la formation d'un statut réglementaire des relations du travail. Si la formation des rapports du travail exige bien un acte initial de nature contractuelle, cet acte de volonté n'a souvent pour objet que la soumission des parties à un statut impératif » (131). On se rapproche, non seulement du lien contractuel de droit public, mais aussi de la soumission volontaire du fonctionnaire au statut de la fonction publique, lors de son entrée au service de la collectivité.

146. — Le dépassement du contrat de travail comme source principale de la réglementation des conditions du travail salarié a été consacré par le Préambule de la Constitution de 1946, dont l'alinéa 8 déclare que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ». Comme l'ont fait remarquer MM. Rivero et Vedel, ce droit s'oppose au régime libéral du salariat, et à la vieille subordination que les conditions économiques ont développée, dans le cadre théoriquement égalitaire du contrat individuel de travail. Il s'agit, selon ces auteurs, sans sortir du cadre contractuel (132), de rétablir l'égalité de la discussion du contrat, en la portant sur le plan collectif, où le travailleur retrouve la possibilité de discuter des conditions de travail (133).

De telle sorte qu'à l'heure actuelle, les règles qui déterminent les conditions du travail salarié découlent de plusieurs sources, alors qu'autrefois la source principale était le contrat de louage de services. Comme le souligne M. Lyon-Caen, « ce contrat est presque vidé de son contenu, il sert surtout à définir le champ d'application des lois du travail » (134). La convention collective de travail et la loi se sont substituées au contrat de travail, comme sources des droits et obligations du travailleur salarié donnant ainsi à son statut un caractère largement légal et réglementaire. Mais, s'il est vrai que l'on ne peut opposer radicalement le droit

(130) DELBEZ, « Une conquête du droit public : le contrat de travail », R.D.P. 1939, 468.

(131) DURAND, « Naissance d'un droit nouveau », D.S. 1952, 439.

(132) Nous verrons par la suite les restrictions qu'il faut apporter à cette conception contractuelle de la convention collective.

(133) Voir RIVERO et VEDEL, « Les problèmes sociaux et économiques dans la Constitution de 1946 ». Coll. *Droit social*, Fasc. XXXI, p. 25.

(134) LYON-CAEN, *Manuel de droit du travail*, p. 177. L'intitulé de la deuxième partie de cet ouvrage est d'ailleurs significatif : « Le statut du travailleur ».

du contrat de travail et le droit réglementaire du travail, car la législation et la réglementation du travail sont généralement subordonnées à l'existence d'un contrat de louage de services, du moins faut-il tenir compte de l'application du droit du travail indépendamment de toute qualification du contrat et d'hypothèses dans lesquelles c'est le rapport de travail lui-même qui est imposé et réglementé dans l'intérêt général.

147. — Dans le premier cas, nous pouvons citer (135), en matière de Sécurité sociale, l'article 2 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 qui institue une assurance obligatoire pour toutes les personnes qui travaillent pour le compte d'un ou plusieurs employeurs « à quelque titre... que ce soit et quelle que soit la forme ou la nature du contrat qui les lie ». De même le champ d'application de la loi du 30 octobre 1946 sur les accidents du travail déborde des limites du contrat de travail. Toujours dans le cadre de la législation sur la Sécurité sociale, mentionnons que le droit aux allocations familiales a été reconnu à tous ceux qui tirent d'une activité professionnelle leur principal moyen d'existence. La loi du 21 mars 1941 a étendu l'application des dispositions du Code du travail d'une part à ceux qui, dans une entreprise industrielle ou commerciale, sont chargés de se mettre à la disposition de la clientèle en vue de lui rendre des services de toute nature (ouvreuses, porteurs, préposés au vestiaire) et, d'autre part, aux gérants, directeurs de succursales et dépositaires de journaux. Quant à la loi du 28 juin 1943, elle a rendu applicable aux travailleurs à domicile les dispositions du Code du travail relatives aux salaires (136).

148. — Dans le second cas, il s'agit des circonstances graves dans lesquelles un rapport de travail peut être imposé dans un intérêt supérieur (137). Certains travailleurs peuvent se trouver forcés plus ou moins contre leur gré, de travailler dans des entreprises où se trouvent déjà d'autres travailleurs liés au chef d'entreprise par un contrat de travail. Effectuant la même besogne, avec les mêmes risques, il est normal que ces deux catégories de travailleurs soient traitées de façon identique. C'est d'ailleurs ce qui est confirmé par les textes spéciaux relatifs à ces rapports de travail imposés. Nous pouvons citer comme exemple les textes législatifs et réglementaires concernant les personnels requis (138),

(135) Voir sur ce point, DURAND, *op. cit.*, T. II, p. 823.

(136) Voir également la loi du 26 juillet 1957, modifiant le statut des travailleurs à domicile. Commentaire de M. BIZIÈRE, J.C.P., 1958, I, 1433.

(137) LEVASSEUR, « Evolution, caractères et tendances du droit du travail ». *Mélanges Ripert*, 1950, T. II, pp. 444 et suiv. ; DURAND, *op. cit.*, T. II, p. 360 et J.C.P. 1944, I, 387.

(138) D.L. du 19 octobre 1939, article 12.

les affectés spéciaux (139), le service civique rural (140), le travail obligatoire et l'orientation de la main-d'œuvre sous le régime de Vichy, le travail des chômeurs déplacés à la Libération (141).

Ainsi, une différence dans les conditions de recrutement n'entraîne pas, du même fait, une différenciation de la condition juridique. Comme par ailleurs, la nullité du contrat de travail n'empêche pas pour autant l'application normale du droit commun du travail (142), M. Durand a été amené à constater que « l'édifice des rapports du travail demeure immuable quand on en a retiré le fondement traditionnel : le contrat de travail » (143).

149. — Ce qui à l'heure actuelle prédomine dans la condition juridique du travailleur salarié, c'est donc la réglementation du travail dont les règles ne se trouvent plus élaborées par le seul contrat de travail. De plus en plus, cette réglementation est étrangère à ce contrat et l'importance des « prescriptions de caractère administratif, essentiellement imposées à l'employeur et destinées à la protection du travailleur » (144) tend à s'accroître. De telle sorte que sur l'instigation de la doctrine étrangère (essentiellement allemande) (145), on a songé à distinguer les règles du contrat de travail qui relèveraient du droit privé, de la réglementation du travail relevant du droit public. Dans le premier cas, il y aurait des obligations réciproques, création de droits subjectifs, tandis que dans le second, la situation juridique créée serait objective et n'envisagerait que des obligations à l'égard de l'Etat, à l'exclusion de droits subjectifs et d'action en justice au profit des travailleurs. En cas de violation de la réglementation, les travailleurs ne disposeraient que d'un recours devant les autorités administratives ou répressives, en vue d'obtenir le respect de ces dispositions légales, recours s'insérant dans le cadre des « effets réflexes » (146) du droit objectif.

La doctrine française reconnaît à cette théorie une part de vérité. La réglementation légale du travail qui vise essentiellement : la déclaration des établissements à l'Inspection du travail, l'âge d'admission des mineurs dans les établissements, la limitation de la durée du travail, l'hygiène, la sécurité et la moralité du travail, apparaît effectivement comme un « ensemble de règles de police administrative déterminant les conditions de fonction-

(139) D.L. du 20 mai 1940, article 3. Le statut des affectés spéciaux est mixte : leur régime administratif et social est identique à celui des civils auprès desquels ils sont appelés à travailler, mais leur régime disciplinaire et pénal demeure celui des militaires, des corps dont ils proviennent.

(140) Acte dit loi du 31 décembre 1941.

(141) Ordonnance du 2 février 1945.

(142) Ex. Loi du 1^{er} juillet 1938 sur les accidents du travail.

(143) DURAND, article cité, J.C.P. 1944, I, 387.

(144) DURAND, *op. cit.*, T. II, p. 373.

(145) KASTEL, HUECK et NIPPERDEY. Voir références dans l'ouvrage de M. DURAND.

(146) DURAND, *op. cit.*, T. II, n° 202, p. 372.

nement de l'entreprise patronale ». Nous avons déjà relevé que ces règles étaient indépendantes de l'existence d'un contrat de travail et que la nullité du contrat de travail demeurerait sans influence. Par ailleurs, certaines obligations préexistent à tout embauchage. Mais il ne faudrait pas exagérer outre mesure ces particularités. Comme le fait remarquer M. Durand, le fait que les dispositions sur la réglementation du travail limitent le principe de la liberté contractuelle n'est pas un trait caractéristique déterminant. Nous verrons, en effet, que les conventions collectives aboutissent à un résultat analogue.

Par ailleurs, il faut noter que lors de la conclusion du contrat de travail, les parties s'approprient les dispositions de la réglementation du travail, qui deviennent un élément de leur convention (147).

Ces considérations doctrinales sur une prétendue opposition entre contrat de travail et réglementation du travail recouvrent en réalité un problème plus important : celui du remplacement de la notion de contrat de travail comme notion fondamentale du droit du travail.

150. — L'intervention croissante de l'Etat dans les rapports du travail ayant entraîné le déclin du contrat de travail, la validité d'un tel contrat, voire son existence, n'étant plus nécessaire à l'application du droit du travail, a entraîné un rapprochement entre la situation réglementaire de certains salariés privés de l'Etat et les rapports de travail de nature contractuelle. La primauté originelle du contrat de travail ayant cédé la place à la réglementation étatique et à la réglementation conventionnelle des conditions de travail, il apparaissait logique de modifier le fondement des rapports entre employeurs et salariés et de substituer à la notion de contrat de travail, notion peu à peu vidée de son contenu, une nouvelle notion indépendante de la précédente. Tel fut l'effort tenté notamment par la doctrine allemande et dont on trouve l'empreinte dans certaines constructions doctrinales françaises : la relation de travail (*Arbeitsverhältnis*) remplacerait le contrat comme fondement des rapports individuels du travail. Selon cette nouvelle conception (148), les rapports entre employeurs et salariés se formeraient à la suite de l'entrée du salarié dans la communauté de travail. L'entreprise est alors considérée comme une

(147) Sur ces développements, voir DURAND, *op. cit.*, T. II, p. 373 et 374.

(148) Voir sur ce point et notamment pour la bibliographie : DURAND, *op. cit.*, T. II, pp. 199 et suiv. Adde : DURAND : « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », J.C.P. 1944, I, 387. Pour une critique de cette théorie, voir BRUN et GALLAND, *Droit du travail*, n° 1-143, p. 180. On trouve une application de cette théorie dans la loi du 15 décembre 1952, portant Code du travail dans les territoires d'outre-mer (art. 1, al. 2).

société professionnelle à laquelle appartient le travailleur. Au même titre que le citoyen qui se trouve soumis à la loi de l'Etat, le travailleur membre de la communauté professionnelle et participant à la vie de l'entreprise se trouve normalement soumis à la loi de cette société professionnelle, indépendamment de tout acte juridique particulier instituant un lien juridique spécial entre employeur et salarié. Selon la présentation de M. Durand, cette théorie peut être schématisée en trois propositions :

1° L'établissement de la relation de travail peut être précédée d'un avant-contrat ;

2° Le contrat préliminaire ne crée pas la relation de travail, celle-ci ne se forme que par un acte distinct et postérieur : l'entrée dans la communauté d'établissement ;

3° Employeurs et travailleurs peuvent conclure des conventions particulières, mais celles-ci ne sont pas indispensables pour l'aménagement des rapports du travail, car les liens résultant de la communauté d'établissement suffisent. Cette théorie qui consacre ainsi le déclin du contrat de travail comme fondement des rapports individuels de travail permet d'expliquer certaines situations qui ne se conçoivent pas dans l'optique contractuelle des rapports de travail. C'est, en effet, par cette théorie que l'on peut justifier l'application du droit du travail à certaines situations créées par voie d'autorité ou malgré la nullité du contrat, ainsi que les traits qui différencient le contrat de travail des autres contrats, notamment en ce qui concerne les incapacités, le salaire, le régime des accidents du travail. Par ailleurs, il faut constater qu'un certain nombre de dispositions du droit du travail ne concernent pas le contrat de travail, mais la prestation de travail, quelle que soit la cause en vertu de laquelle le travail est accompli. M. Durand a relevé notamment dans le Livre II du Code du travail, que l'application d'un certain nombre de dispositions dépendait non d'un acte juridique, mais d'un fait : la présence sur les lieux de travail. Ainsi en est-il, par exemple, de la réglementation qui s'applique non à des salariés ayant passé un contrat de travail, mais « aux adolescents et aux femmes employés dans les usines » (art. 21), aux « employés et ouvriers occupés dans un établissement » (art. 30). Quant au paiement du salaire, il ne peut plus être considéré à l'heure actuelle comme l'exécution d'une simple obligation contractuelle. Compte tenu de la réglementation légale relative au salaire minimum interprofessionnel garanti (S.M.I.G.), aux dispositions des Conventions collectives concernant la rémunération du travail, l'obligation de payer un salaire n'a plus pour seule source la volonté privée mais apparaît comme l'application d'un ordre légal ou réglementaire subordonné à un fait : la prestation de travail.

151. — L'importance du fait matériel constitué par la prestation de travail a pour conséquence d'attribuer une importance capitale à l'acte d'embauchage, acte juridique dont la nature s'apparente à celle de l'acte de nomination d'un fonctionnaire. Dans les deux cas, il y a création d'une norme d'application d'un statut, soit de la fonction publique, soit de l'employeur et du salarié. Il y a de nombreuses années déjà, M. Scelle avait montré que « les statuts d'employeurs et de salariés ont un contenu qui, très souvent, est indépendant des volontés actuelles des intéressés. Ils sont fixés soit par la loi, soit par le règlement, soit par ce règlement d'initiative privée qu'est la convention collective. Parfois, le statut est réglé en tout ou en partie par un acte unilatéral de l'une des volontés intervenantes : celle du patron. C'est alors le règlement d'atelier dont la nature objective est aussi nette que celle de la convention collective. Le déclenchement de ces statuts et de leur contenu sur la tête des intervenants sera l'effet de la survenance d'un acte-condition qui n'est autre que l'embauchage » (149). L'embauchage apparaît comme le « ressort essentiel du pseudo-contrat de travail ». Comme le fait remarquer M. Levasseur, reprenant les termes mêmes de M. Scelle un quart de siècle plus tard, rendant ainsi hommage à sa clairvoyance : en vertu de la déclaration de volonté contenue dans l'acte-condition qu'est l'embauchage, les individus qui y participent, patrons ou salariés, « endossent volontairement le vêtement juridique tissé par le statut légal, administratif ou conventionnel » (150) sans guère pouvoir le retailer ni l'ajuster à leur mesure (151). Le salarié privé étant ainsi soumis pour une large part à un statut découlant de la norme d'application que constitue l'acte d'embauchage se rapproche ostensiblement du fonctionnaire également soumis à un statut découlant d'une autre norme d'application : l'acte de nomination.

152. — Derrière ce concept de la communauté organisée, sur laquelle repose la théorie de la relation du travail s'abrite en réalité une théorie qui nous est déjà familière et qui elle est d'inspiration française : celle de l'institution. L'embauchage, qui consacre l'incorporation dans la communauté de l'entreprise n'est autre que ce que Hauriou appelait « l'adhésion au fait », fondement de l'institution (152). La relation de travail est alors le lien juridique unissant dans l'institution le chef d'entreprise à chacun des membres de son personnel. Comme l'a fait remarquer M. Charlier, le contrat de travail était fondé sur l'idée que la force de travail est un objet de propriété et comme à l'heure actuelle le travail n'est plus considéré comme une marchandise, le contrat

(149) SCELLE, *Précis de législation industrielle*, 1927, p. 173.

(150) SCELLE, *ibid.*, p. 175

(151) LEVASSEUR, article cité, *Mélanges Ripert*, 1950, T. II, p. 452.

(152) HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, p. 208.

de travail ne peut plus constituer le fondement des rapports individuels du travail. La relation de travail, elle, est un fait auquel la loi et les principes du droit rattachent des droits et des devoirs entre employeurs et salariés, indépendamment de l'acte juridique en vertu duquel on travaille. « L'idée qui se trouve à la base de ces droits et devoirs est celle de l'entreprise considérée comme une institution où chacun a sa fonction à remplir de façon qu'elle-même remplisse sa fonction dans la société » (153).

153. — Une partie de la doctrine française (154) considère que le contrat de travail conserve encore un rôle dans l'organisation des rapports du travail, de telle sorte qu'il faut associer les deux idées de contrat et d'institution pour tenir compte du déclin du rôle du contrat. Le rôle du contrat serait de faire entrer le travailleur dans la société professionnelle, de déterminer l'application individuelle d'une situation institutionnelle, de préciser la durée de l'appartenance à l'établissement (155) et de compléter les règles résultant du droit de l'institution. Il nous semble que l'on pourrait tout aussi bien conserver l'idée d'un accord de volontés préexistant à l'entrée dans l'entreprise, la déterminant même, sans qualifier cet accord de volontés de contrat car la création de l'obligation d'entrer dans la communauté n'implique pas à elle seule l'idée de contrat. Cet accord de volontés préexistant à l'entrée dans l'entreprise s'apparente, sinon à celui qui conditionne la soumission au statut de la fonction publique, du moins à celui qui se manifeste lors de l'entrée au service d'une personne publique au moyen d'un contrat de droit public (156).

Mais il semble surtout que l'importance attachée au contrat ait une valeur psychologique. « L'attachement au contrat marque à la fois le respect pour les droits de la personne et la répugnance pour les mesures autoritaires d'emploi de la main-d'œuvre » (157). Même sous une législation impérative, il permet d'instituer au profit des salariés un régime plus favorable que le statut de droit commun. « Il paraît ainsi possible de rattacher au contrat, l'obligation d'entrer dans l'établissement et la détermination des conditions particulières du contrat. Puis, se produit l'adhésion au statut de l'institution, l'application de ce statut étant subordonnée pour

(153) CHARLIER, « Puissance publique et question sociale ». Mélanges MESTRE, pp. 73 et suiv.

(154) Voir notamment DURAND, *op. cit.*, T. II., pp. 207 et suiv. et DURAND et ROUAST, *op. cit.*, 1953, p. 352.

(155) S'agissant bien entendu d'un contrat à durée déterminée.

(156) C'est donc à tort, à notre avis, que certains auteurs reprochent à la théorie institutionnelle d'« éliminer entièrement l'accord des volontés », voir sur ce point BRUN et GALLAND, *Droit du travail*, 1958, n° 1-131, p. 169.

(157) DURAND, *op. cit.*, T. II, p. 212.

certaines de ses éléments à l'entrée effective dans l'établissement patronal » (158).

D'autres auteurs se refusent à substituer l'institution au contrat et cela, semble-t-il, pour des raisons politiques. Considérant que l'entreprise reste la propriété de l'employeur, du capital et ne réalise pas une association égale du capital et du travail, ils nient la possibilité d'une communauté d'intérêts de vie au sein de l'entreprise. Dès lors, ils estiment que cette théorie constitue « une mystification, inconsciente ou consciente, mystification qui tend à atténuer l'acuité des luttes sociales et à faire oublier aux salariés leurs véritables intérêts » (159). Nous ne croyons pas ces soupçons justifiés, par contre nous sommes conscients du danger qu'une déformation de cette théorie pourrait constituer si elle était utilisée en vue de justifier le service du travail obligatoire.

§ 2. — La convention collective (160)

154. — Dans l'élaboration du statut du travailleur salarié, la convention collective permet d'éviter les difficultés, nées du maniement incommode de ces « lourds instruments » (161) que sont la loi et le règlement. Alors que la réglementation étatique présente l'inconvénient de partir du sommet sans posséder d'assises à la base, M. Levasseur a souligné les avantages des conventions collectives qui sont « d'autant plus riches et utiles qu'elles prolifèrent à la base et gagnent ensuite, en s'épurant, les sommets ». Le mécanisme des conventions collectives permet de réaliser la collaboration des intéressés à l'établissement des règles qui les régissent à un stade plus élevé que celui de l'entreprise au niveau de laquelle les deux parties en présence ne sont pas toujours aptes à négocier utilement. Il faut noter que le mécanisme de la convention collective constitue une des originalités propres du droit du travail (162), dont les conventions ont incontestablement enrichi le contenu en traçant souvent la voie au législateur. Pour reprendre l'expression de M. Levasseur (163), elles ont constitué « le banc d'épreuve de certaines institutions avant leur consécration législative » (arbitrage des conflits, délégués du personnel, etc.).

155. — La Convention collective illustre le caractère collectif du droit du travail. Intimement liée au syndicalisme, la Conven-

(158) DURAND et ROUAST, *op. cit.*, p. 353.

(159) LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 223.

(160) Il n'entre pas dans nos intentions de nous livrer à une étude exhaustive de la convention collective. Nous renvoyons sur ce point aux développements de M. DURAND, *op. cit.*, T. III, pp. 399-693 ; de MM. BRUN et GALLAND, *op. cit.*, pp. 708-757 ; de MM. RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, pp. 212 et suiv.

(161) LEVASSEUR, article cité dans *Mélanges Ripert*, p. 444.

(162) Voir RIVERO, « Remarques sur le procédé de l'accord collectif appliqué au droit de l'activité professionnelle », D.S. 1952, p. 656.

(163) Article précité.

tion collective n'est pas sans rapports avec la grève, dont elle constitue souvent l'aboutissement. Elle apparaît alors comme le « traité de paix » qui mettrait un terme aux « hostilités » entre patrons et ouvriers, qui se manifestent dans la grève. La Convention collective est, indépendamment de son rôle dans la conclusion des conflits collectifs du travail, un moyen normal de collaboration entre employeurs et salariés permettant ainsi de limiter l'intervention de l'État dans la réglementation des conditions de travail. On peut ainsi rattacher la Convention collective à deux courants d'idées : d'une part à la doctrine des corps intermédiaires, d'autre part à la montée de la démocratie sociale (164). Cette deuxième influence se trouve clairement exprimée par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dont l'alinéa 8 consacre le droit pour tout travailleur de participer « par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail » (165).

156. — Selon la définition légale, la Convention collective est « l'accord relatif aux conditions de travail conclu entre, d'une part, une ou plusieurs organisations syndicales de travailleurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations d'employeurs ou tout autre groupement d'employeurs, ou un ou plusieurs employeurs pris individuellement » (166). Mais si l'on veut mettre l'accent sur les effets de la Convention collective plutôt que sur les parties en présence, la Convention collective apparaîtra comme l'« accord par lequel un groupement de travailleurs et un ou plusieurs employeurs fixent le régime de travail applicable dans les relations nées des contrats de travail conclus entre les employeurs et les travailleurs intéressés » (167). Dans la mesure où la Convention collective détermine la réglementation du travail, son titre exact devrait être « Convention collective de réglementation du travail » (168).

A. — NATURE ET RÉGIME JURIDIQUE.

La nature juridique de la Convention collective a pendant très longtemps opposé les partisans de la conception contractuelle à

(164) RIVERO et SAVATIER, *Droit du travail*, 1956, pp. 216 et suiv.

(165) C'est conformément à ce principe que sont intervenues successivement les lois du 23 décembre 1946, du 11 février 1950. Celle-ci régleme désormais le régime juridique des conventions collectives. Sous la III^e République, la matière se trouvait régie par la loi du 24 juin 1936 modifiant la loi du 25 mars 1919, premier texte ayant consacré l'institution des conventions collectives en France. Sur l'histoire, voir références déjà citées.

(166) Article 31 a, L. 1^{er} du *Code du travail*.

(167) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 215.

(168) RIVERO et SAVATIER, *ibid.*, p. 213 ; DURAND, *op. cit.*, T. I, p. 128.

ceux de la conception réglementaire de cet acte juridique (169). Il semble qu'à l'heure actuelle, un *modus vivendi* ait été adopté qui reconnaît à la Convention collective un caractère dualiste (170), partiellement contractuel et partiellement réglementaire, bien que certains auteurs s'en tiennent encore à la conception purement réglementaire (171).

157. — Comme l'a souligné M. Durand (172), la Convention collective présente trois traits distinctifs qui doivent être pris en considération préalablement à l'analyse de sa nature juridique. Tout d'abord, elle peut être conclue par un simple groupement de fait. Par ailleurs, elle est dotée d'un large pouvoir de rayonnement puisqu'elle s'applique non seulement aux groupements signataires, mais aussi à leurs membres et même parfois à des personnes étrangères à ces groupements. Enfin, elle se caractérise par son extrême rigueur, car ses dispositions s'imposent aux membres de la profession comme des dispositions d'ordre public, excluant la possibilité de dérogations à l'intérieur des contrats individuels de travail. Compte tenu de ces traits caractéristiques, la conception contractuelle de la Convention collective, que celle-ci apparaisse comme l'exécution d'un mandat donné par les individus à leur groupement (173) ou comme une stipulation pour autrui (174), ou encore comme la volonté même des membres des groupements agissant personnellement sous le couvert du syndicat (175) ou en application de la théorie de la réalité des personnes morales (176), ne saurait être retenue (177). Aucun des mécanismes juridiques de caractère contractuel ne permet d'expliquer les effets de la Convention collective. S'agissant du mandat, il faut faire remarquer que le mandaté disparaît du champ d'exécution du contrat ce qui n'est pas le cas dans le cadre de la Convention collective. Le mécanisme de la stipulation pour autrui est inconciliable avec

(169) Voir BRETHE DE LA GRESSAYE, « La Convention collective de travail est-elle un contrat ? », *Mélanges Capitant*, 1939, p. 101 ; DURAND, *op. cit.*, T. I, pp. 129 à 132.

(170) DURAND, « Le dualisme de la convention collective ». *Rev. trim. de droit civ.*, 1939, p. 353 ; DURAND et ROUAST, *op. cit.*, n° 202, p. 264 ; RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 238 ; LYON-CAEN, *op. cit.*, pp. 158 et suiv. ; MITSOU, *La Convention collective et la sentence arbitrale*, Th. Paris 1956, pp. 348 et suiv.

(171) GONDEIC, « La convention collective dans les T.O.M. », *An. africaines* 1955, p. 7.

(172) DURAND, *op. cit.*, T. I, p. 129.

(173) BERGERON, *Du Droit des syndicats d'ester en justice*, Th. Paris 1898 ; CRUET, *Le Syndicat personne morale*, Th. Paris 1908.

(174) LARONZE, *De la Représentation des intérêts collectifs et juridiques des ouvriers de la grande industrie*. Th. Paris, 1905 ; B. RAYNAUD, *Le Contrat collectif de travail*, Th Paris 1901.

(175) NAST, *Des Conventions collectives*, Th. Paris 1907.

(176) DE VISSCHER, *Le Contrat collectif de travail*, Th. Gand 1913.

(177) Voir sur ce point, DURAND, *op. cit.*, T. I, pp. 130-131, BRETHE, article cité, *Mélanges Capitant*, 1939, pp. 101 et suiv.

le fait que la Convention collective peut imposer des obligations et par ailleurs on ne peut pas ne pas accepter le bénéfice de la so-disante « stipulation ». Enfin, outre le fait que l'appel à la théorie de la personnalité morale ne permet pas d'expliquer comment la Convention peut produire des effets distincts envers les groupements et envers les membres, cette analyse ne s'accorde pas avec l'utilité essentielle en vue de laquelle a été conçue cette théorie. En effet, cette théorie a pour but de limiter les effets des actes passés par une personne morale au patrimoine de celle-ci, de telle sorte que ce ne serait qu'indirectement que les membres de la personne morale subiraient sur leurs patrimoines les conséquences fâcheuses d'un contrat passé par la personne morale. Or, la Convention collective modifie la condition individuelle des membres du groupement.

A cette conception contractuelle de la Convention collective à laquelle étaient surtout attachés les civilistes, on opposa très tôt une conception réglementaire, œuvre des publicistes.

158. — Hauriou constatait que la convention passée entre le patron et le syndicat devenait vis-à-vis de chaque ouvrier, une *lex*, un « règlement auquel il adhère par son propre embauchage » et il rattachait la Convention collective à sa conception institutionnelle de l'entreprise dès lors que « toutes les fois qu'on voit apparaître dans un contrat, la *lex*, le caractère réglementaire, on peut affirmer qu'il y a institution sous roche » (178). De même, M. Scelle constatait, dès 1927, que le contrat collectif de travail ne constitue « à aucun degré la réalisation d'une situation subjective, ni pour le patron, ni pour le salarié ». On se trouve, au contraire en présence d'une « réglementation conventionnelle des embauchages éventuels », réglementation « objective et événementielle » pour les intéressés, des conditions de travail (179). Il ne naîtra de situation individuelle à la charge du patron ou de l'entreprise et des salariés que « lorsque ceux-ci se seront approprié par l'embauchage, la situation objective prévue pour eux par la Convention collective » (180). Une idée semblable a été défendue par Bonnard pour qui la Convention collective n'apparaissait pas comme un contrat mais comme un « acte législatif élaboré par des organes privés et par voie conventionnelle » (181). Elle est « au point de vue matériel un acte-règle qui possède, au point de vue organique, le caractère privé et au point de vue formel, le caractère conventionnel » (182). Considérant d'une part que, dans

(178) HAURIU, *Principes de droit public*, 2^e éd. 1916, pp. 211-212.

(179) SCELLE, *op. cit.*, pp. 173 et suiv.

(180) *Ibid.*, p. 190.

(181) BONNARD, *Convention collective, syndicalisme, corporatisme et Etat corporatif*, R.D.P. 1937, pp. 58 et suiv.

(182) BONNARD, *ibid.*, p. 65.

l'idée de contrat, à l'élément formel (accord de volontés) s'ajoute un élément matériel (création de situations juridiques individuelles) et, d'autre part, que la notion de loi est surtout d'ordre organique, rien n'empêchait, selon Bonnard, de considérer une convention comme un acte législatif, la notion d'acte législatif lui apparaissant simplement d'ordre matériel. L'auteur ne semblait pas éloigné de la théorie institutionnelle lorsqu'il posait comme principe que la fonction législative n'est pas le monopole de l'Etat car « à tout groupement social nettement intégré, correspond un droit qui lui est propre parce que tout groupement social comporte une interdépendance, une solidarité entre ses membres qui détermine un système de normes juridiques, lesquelles forment le droit objectif du groupement » (183). Il semble qu'à un certain moment, M. Brethe de la Gressaye ait adopté une conception identique puisqu'il fut amené à écrire : « Par sa nature propre, la Convention collective de travail est non point un contrat donnant naissance à de multiples obligations entre patrons et ouvriers, mais une convention établissant les règles générales et impératives suivant lesquelles devront être conclus ensuite les contrats individuels de travail, une convention-loi, un acte-règle » (184). Nous verrons que par la suite cet auteur s'est rangé à une conception dualiste de la Convention collective. Récemment, M. Gonidec a réaffirmé le caractère réglementaire de la Convention collective (185) rejetant toute idée de contrat du domaine de la Convention collective. « La Convention collective n'est pas un simple accord, mais un règlement d'ordre public : la loi de la profession faite par les professionnels », écrit-il à propos de la Convention collective dans les territoires d'outre-mer, dont le régime juridique ne diffère que très peu de celui de la Convention collective s'appliquant en métropole. M. Gonidec estime que du point de vue formel, il est possible d'assimiler le règlement et la Convention collective. En effet, la procédure d'élaboration lui apparaît être l'œuvre commune des employeurs et des travailleurs. Alors que la doctrine classique voyait dans la Convention l'accord des groupements professionnels, M. Gonidec met l'accent sur le fait que la décision est prise à l'unanimité (186). En effet, la mise au point et la promulgation d'une Convention collective exigent le consentement de tous les groupements, parties à la Convention. Quant au fait que les parties à la Convention sont animées par des intérêts divergents, ce trait n'est pas propre au contrat puisque M. Gonidec relève le même phénomène dans toute assemblée administrative investie du pouvoir réglementaire. Bien que les intérêts représen-

(183) BONNARD, *ibid.*, p. 67.

(184) BRETHER DE LA GRESSAYE, article cité, *Mélanges Capitain*, 1939, p. 101.

(185) GONIDEC, article cité, *Annales africaines*, 1955, pp. 7 et suiv. Voir également GONIDEC et KIRSCH, *op. cit.*, p. 164.

(186) SCELLE, *Cours de législation industrielle*, 1939-40, p. 345.

tés à cette assemblée soient opposés, la délibération n'en a pas moins un caractère réglementaire, la décision résultant précisément du rapprochement des points de vue différents. S'agissant de la Convention collective, le caractère réglementaire de son élaboration apparaîtrait clairement lorsque la Convention est élaborée par une commission mixte, organe collectif et paritaire (187). M. Gonidec relève d'autre part que, comme un règlement, la Convention collective ne produit ses effets qu'après sa publication. Le dépôt apparaît alors comme la condition indispensable de mise en œuvre de la Convention. Mais si du point de vue formel, déjà, l'auteur estimait possible l'assimilation de la Convention collective au règlement, du point de vue du fond cette assimilation ne fait, à son avis, aucun doute non plus. Dès lors, que la Convention collective crée des normes générales, abstraites et permanentes, elle ressemble à un règlement, à une loi au sens matériel du terme (188). La Convention collective ayant un caractère d'ordre public prime les contrats individuels conclus par ceux qu'elle lie et même parfois par ceux qu'elle ne lie pas expressément, parce qu'ils ne sont pas parties à la Convention. L'auteur a cependant conscience que sa vue purement réglementaire de la Convention collective ne correspond pas exactement au droit positif et il admet que certaines conséquences jurisprudentielles ne s'expliquent que par l'idée de contrat. « Les juges judiciaires, rompus aux techniques du droit civil, demeurent encore attachés à la conception contractuelle de la Convention collective. Il est donc normal que le régime juridique de la Convention collective conserve des reliquats de la conception civiliste et individualiste. Ils disparaîtront lorsque les esprits seront accoutumés au bouleversement que l'évolution de la Convention collective a apporté aux habitudes des juristes. L'extension du droit d'origine professionnel est liée à l'abandon du principe contractuel. » Dès lors, il ne suffit pas pour M. Gonidec que la Convention collective ait l'âme d'une loi. Elle doit abandonner une « enveloppe gênante qui n'est plus qu'une coquille vide : celle du contrat pour acquérir le corps et l'âme du règlement » (189).

159. — Il semble cependant que selon la formule du juriste italien Cernelutti, reprise par M. Durand, en droit positif, la Convention a certes acquis « l'âme d'une loi », mais elle conserve

(187) Article 31 *f*, relatif à l'élaboration de conventions nationales et 31 *h*, relatif aux conventions régionales et locales. La convocation de ces commissions mixtes par le ministre du Travail peut résulter de la demande des organisations syndicales les plus représentatives ou de la propre initiative du ministre.

(188) On retrouve là l'idée d'acte législatif déjà exprimée par BONNARD, cf. *supra*, n° 158.

(189) GONIDEC, *ibid.*

encore le « corps du contrat » (190). Il ressort, en effet, du régime juridique actuel de la Convention collective que sa nature juridique est en réalité double. La majorité de la doctrine semble s'être ralliée à cette conception dualiste (191). Contractuelle dans son élaboration, elle serait réglementaire dans ses effets, c'est-à-dire que le « contrat n'est que le moyen technique d'élaborer ce règlement » (192). La Convention collective dominée par le compromis entre les deux techniques classiques du droit français, l'accord des volontés et le commandement du pouvoir, consacrerait ainsi l'interpénétration du réglementaire et du contractuel en faisant place, d'une part à l'accord des salariés et des patrons, et d'autre part à l'accord entre le pouvoir et l'ensemble de ceux qu'il entend régir. L'institution des Conventions collectives instaurerait donc la « dialectique du contrat et du règlement » (193). Mais si, schématiquement, on peut mettre en relief le caractère contractuel prédominant de l'élaboration, et le caractère réglementaire marqué du contenu de la Convention collective, il ne faut pas négliger le fait que chacun de ses deux caractères se retrouve à la fois dans l'élaboration et dans le contenu de l'acte considéré.

160. — Il ne faut pas négliger en premier lieu les aspects réglementaires de la procédure d'élaboration sur lesquels M. Gonidec mettait l'accent. N'a-t-on pas pu dire que l'élaboration de la Convention collective était confiée à un « véritable petit parlement professionnel » (194). Le fait que, dans certains cas, l'autorité publique peut intervenir pour provoquer la réunion d'une commission mixte en vue de l'élaboration d'une Convention collective, la prise en considération du caractère de représentativité des organisations syndicales, la publication et la formalité du dépôt ne sont pas sans conférer à la procédure d'élaboration un certain caractère réglementaire. Mais, ce caractère ne saurait enlever, selon les partisans de la théorie dualiste, son aspect contractuel à la procédure d'élaboration. Ces auteurs mettent ainsi l'accent sur la nécessité d'un accord préalablement à la conclusion de la Convention, accord qui comporterait des pourparlers, des discussions et des concessions réciproques. Par ailleurs, la divergence d'intérêts des parties en présence leur semble caractériser une situation contractuelle. Mais à l'argument selon lequel, dans le cadre des délibérations relatives à la conclusion d'une Convention collective, la décision résulterait d'une position adoptée à l'unani-

(190) DURAND, *op. cit.*, T. I, n° 109, p. 136.

(191) Voir bibliographie citée, note 170. *Adde.* Note BRETHE DE LA GRESSAYE sous Cass. 17 juillet 1956, D. 1957, 509 ; DURAND, *op. cit.*, T. III, p. 532 ; BRUN et GALLAND, *op. cit.*, III-77, pp. 747 et suiv.

(192) PLANIOL et RIPERT, *Traité*, 2° éd., T. XI, p. 134.

(193) RIVERO, « Convention collective et droit public », *Rev. économique* 1951, p. 20.

(194) LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 208, p. 161.

mité, les partisans de la thèse dualiste répliquent que la Convention collective ne résulte pas d'un vote où les voix ouvrières viendraient se mêler aux voix patronales, mais d'un accord entre groupes (195). Or ces divers groupes n'ont pas des intérêts communs et ne se trouvent pas placés sur le même plan. De telle sorte que la « Convention collective est d'abord une convention » (196). Partant de la même constatation de la divergence d'intérêts existant entre les parties en présence, M. Lyon-Caen, après avoir constaté que tout acte juridique a une double nature dans la mesure où dans tout contrat, il y a un élément réglementaire et dans tout règlement un aspect contractuel, considère qu'« en régime capitaliste, où l'opposition des intérêts est complète, c'est sur l'élément contractuel qu'il faut mettre l'accent : la Convention collective est donc avant tout un accord entre groupements professionnels représentatifs » (197). La prise en considération du caractère contractuel de l'élaboration entraîne l'application d'un certain nombre de règles de droit commun des contrats qui reposent sur le respect de la volonté des parties : théorie des vices du consentement, dénonciation ou modification conventionnelle, résolution judiciaire, règles sur l'interprétation des conventions. Par ailleurs, la Convention collective étant fondée sur le consentement des parties, l'Etat n'intervient pas, en cas de désaccord lors de l'élaboration, pour imposer à titre conventionnel la réglementation des rapports du travail. De son côté, la cour supérieure d'arbitrage, tout en reconnaissant que l'arbitre était compétent pour établir un règlement équitable des conditions de travail, n'avait pas pouvoir d'ordonner l'insertion dans une Convention collective d'un règlement équitable des conditions de travail qu'il a établi. L'arbitre ne peut pas rédiger la convention des parties et la leur imposer. Les Conventions collectives impliquent pour leur conclusion un acte de volonté (198).

161. — Quant au contenu de la Convention collective, il contient des obligations de caractère contractuel indépendamment du caractère réglementaire de certaines de ses dispositions. La principale obligation de caractère contractuel est de ne rien faire qui soit de nature à compromettre l'exécution légale de la Convention (199). D'autre part, l'exécution de la Convention est garantie par les

(195) DURAND, *op. cit.*, p. 134, T. I.

(196) DURAND, *Retour aux conventions collectives*, D.S. 1949, p. 281.

(197) LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 209, p. 161.

(198) C.S.A. 18 mai 1938, Ch. synd. des constructeurs de l'arrondissement du Havre, D.S. 1938, p. 251. Voir sur ce point, Th. MITSOU, précitée, pp. 183 et suiv.

(199) Ce qui, selon M. BRETHER, signifierait pratiquement l'impossibilité de recourir à la force, par la grève ou le lock-out, pour en obtenir la révision (Note précitée D. 1957, p. 509).

groupements parties à la Convention (200), qui engagent leur responsabilité en cas de violation des dispositions (201) qui y sont contenues, notamment en cas de dénonciation prématurée d'une Convention à durée déterminée.

Il faut noter que, si la loi reconnaît en principe la liberté des groupements participant à l'élaboration d'une Convention collective pour en déterminer le contenu, cette liberté se voit assigner certaines limites. Notamment, la Convention peut mentionner des dispositions plus favorables aux travailleurs que celles des lois et règlements en vigueur, mais ne peut déroger aux dispositions d'ordre public définies par ces lois et règlements (202). D'autre part, la loi impose de nombreuses dispositions obligatoires dans les Conventions collectives nationales (203), de telle sorte que les parties ne possèdent plus que la liberté de choix des modalités des différentes clauses sur lesquelles elles doivent se prononcer, liberté qui se trouve restreinte par le respect des dispositions d'ordre public, légales et réglementaires. Ainsi le caractère mixte de la Convention collective se refléterait aussi dans le régime juridique appliqué au contenu de la Convention; mais s'agissant du contenu, le caractère réglementaire semble prédominant au même titre que le caractère contractuel pouvait apparaître prédominant dans l'élaboration de la Convention (204). Selon M. Durand (205), s'il est vrai que les dispositions réglementaires ne sont applicables qu'après la publication de la Convention, des obligations peuvent exister entre les groupements signataires dès la conclusion de l'accord, telle l'obligation de soumettre la Convention à l'agrément du ministre du Travail. Par ailleurs, comme nous le verrons, l'extension éventuelle vise la partie réglementaire de la Convention, mais les rapports d'obligation restent limités aux groupements signataires. Selon M. Durand, la révision pour cause d'imprévision ne serait concevable que pour les dispositions réglementaires de la Convention, mais non pour la partie créatrice d'obligations. Enfin, s'agissant du contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation d'une Convention, une distinction analogue devrait être faite. En ce qui concerne les clauses relatives aux obligations des parties, leur interprétation relèverait normalement du juge du fond ou de l'arbitre qui se trouve dans une situation analogue au juge de droit

(200) Article 31 *q*, L. 1^{er}, *Code du travail*.

(201) Article 31 *r*, L. 1^{er}, *Code du travail*.

(202) Article 31 *a*, alinéa 2, L. 1^{er}, *Code du travail*. Ces dispositions d'ordre public étant tout autant celles qui visent à assurer la protection des travailleurs que celles qui visent à protéger les chefs d'entreprise.

(203) Article 31 *g*, L. 1^{er}, *Code du travail*.

(204) La partie réglementaire est de loin la plus importante dans une convention collective. Elle vise les règles applicables aux contrats individuels de travail (conclusion, contenu, cessation) à la collectivité que forme le personnel et le domaine d'application de la convention.

(205) DURAND, *op. cit.*, T. I. p. 135.

commun en matière d'interprétation des Conventions collectives, cette question entrant dans la catégorie des conflits d'ordre juridique. La Cour de cassation et pour les mêmes raisons que précédemment la cour supérieure d'arbitrage, n'a à connaître que des cas de dénaturation de clauses ou de méconnaissance de clauses claires et précises (206). Par contre, en ce qui concerne les clauses réglementaires, M. Durand souhaiterait voir leur interprétation ressortir à la compétence de la Cour de cassation, chargée d'assurer une interprétation uniforme des règles du droit. La Cour de cassation ayant été amenée, en présence de décisions relatives à des actes juridiques ayant un vaste domaine d'application, à donner elle-même l'interprétation de l'acte litigieux (207) pourrait être amenée à adopter une attitude analogue en matière de clauses réglementaires des Conventions collectives (208). Il semble d'ailleurs que la Cour de cassation se soit engagée sur cette voie puisque non seulement elle exerce son contrôle sur la dénaturation des clauses claires et précises des Conventions collectives (209), mais il lui arrive de casser certaines décisions pour violation de la Convention collective (210); elle précise elle-même le sens de la clause et ne fait pas allusion à son contrôle de la dénatura-tion (211).

Deux traits caractéristiques du régime des Conventions collectives ont donné à ce procédé de détermination des conditions de travail une coloration « réglementaire » telle qu'on en est venu à douter de son maintien dans la catégorie des actes juridiques de droit privé, indépendamment des conditions d'élaboration des Conventions collectives qui les rattachaient manifestement à cette branche du droit. Il s'agit, d'une part, de l'extension des Conventions collectives et, d'autre part, de l'effet d'une Convention collective sur les contrats de travail que le patron d'une entreprise, lié par la première, sera amené à passer avec les salariés de son entreprise.

162. — Le pouvoir reconnu par l'article 31 j du Livre 1^{er} du Code du travail, au ministre du Travail de « rendre obligatoires pour tous les employeurs et travailleurs compris dans le champ d'application professionnel et territorial de la Convention » les

(206) C.S.A., 18 mai 1936, Soc. Alesia Taxis de Paris. D.S. 1938, p. 257.

(207) G. MARTY. « Etude de droit comparé sur l'unification de la jurisprudence par le tribunal suprême », *Mélanges Lambert*, T. II, p. 742 à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 1931 (ville de Tokyo, D.P. 1931.I.5) relatif à l'interprétation de titres et prospectus d'un emprunt étranger.

(208) M. MARTY ayant relevé l'attitude de la Cour de cassation, voulait voir adopter une attitude identique en matière d'interprétation des clauses réglementaires d'une convention collective par la Cour supérieure d'arbitrage. Voir note sous l'arrêt de la C.S.A. précité. *Rev. trim. Droit civil*, 1938, p. 476.

(209) Civ. soc., 12 mai 1955, D.S. 1955, p. 431.

(210) Civ. soc., 5 janvier 1956, Bull. Cass. IV, p. 10.

(211) Voir sur ce point DURAND, *op. cit.*, T. III, p. 530.

dispositions de certaines Conventions collectives (212), a pour ainsi dire consacré deux sortes de conventions : les unes de droit privé, les autres de droit public (213). Les premières sont des Conventions collectives non étendues qui sont des « règlements privés inopposables aux tiers » dont les effets sont limités aux parties. S'agissant des Conventions collectives étendues, le problème s'est posé de savoir à quelle règle juridique se conformaient, après l'arrêté ministériel d'extension les employeurs et travailleurs soumis aux dispositions de la Convention collective étendue (214). Seront-ils considérés comme soumis à la Convention collective dont le domaine d'application a été étendu ou à l'arrêté ministériel qui se serait « en quelque sorte approprié le contenu de la Convention collective et qui porterait une règle obligatoire et de caractère général » ? Le lien qui unit l'arrêté d'extension à la Convention collective détermine l'influence du terme, de la dénonciation ou de la modification de la Convention sur l'arrêté d'extension. Dès l'abord, par suite de l'intervention ministérielle, la solution réglementaire semble s'imposer. Telle est la thèse soutenue d'ailleurs lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 11 février 1950 par M. P.-H. Teitgen pour qui « étendre une Convention collective, c'est à proprement parler, faire acte réglementaire » (215). Les règles de la Convention collective s'incorporeraient ainsi dans l'arrêté ministériel et deviendraient des éléments de la réglementation étatique. Mais comme l'a fait remarquer M. Durand, on peut avoir une conception plus ou moins extensive du caractère réglementaire de la Convention collective étendue. Ou bien l'on considérera que les membres des groupements restent soumis à la Convention collective, les tiers se trouvant seuls dans une situation réglementaire, ou bien, allant plus loin, on pourra englober également dans la situation réglementaire l'ensemble des membres de la profession et même les individus originellement soumis à la Convention collective. Cette conception qui accorde la primauté à l'acte réglementaire par rapport à la Convention collective qui en serait seulement « l'occasion » est lourde de conséquences. D'une part, elle exclut toute possibilité de dénonciation, d'autre part le terme de la Convention collective serait sans effet en l'absence

(212) Sur la procédure d'extension des conventions collectives réalisée par un arrêté du ministre du Travail après avis de la commissions supérieure des conventions collectives, voir VEDEL, Loi du 11 février 1950. *Tableau fiscal et juridique* 1950, p. 67 et DURAND, *op. cit.*, T. III, pp. 646 et suiv.

(213) Voir en ce sens : BRETHER DE LA GRESSAYE : « Les grèves et la convention collective du travail », D. 1950, p. 65 et les conclusions de l'avocat général BLANCHET dans Cass., 9 mars 1957, D.S. 1957, 278.

(214) Nous avons emprunté la substance de ces développements à l'étude minutieuse des effets de l'arrêté d'extension à laquelle s'est livré M. DURAND (Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives : les effets de l'arrêté d'extension, D.S. 1956, p. 214).

(215) J.O. Débats parlam. A.N. 4 janvier 1950, p. 59.

d'une nouvelle intervention du ministre. Enfin, une nouvelle déclaration d'extension serait nécessaire pour donner effet à des modifications apportées à la Convention collective même à l'égard des membres du groupement. S'il est vrai que cette large indépendance de l'arrêté d'extension par rapport à la Convention collective présente des avantages certains quant à la sécurité des rapports juridiques en raison de la large publicité dont bénéficient les arrêtés ministériels, il n'en demeure pas moins que comme l'a mis en évidence M. Durand, cette conception extensive des effets de l'arrêté d'extension n'est pas sans créer des inconvénients sérieux et surtout ne correspond pas à l'état actuel du droit positif. Compte tenu des dispositions de la loi du 11 février 1950, nous estimons qu'il est nécessaire de tenir compte de l'élaboration par voie conventionnelle des dispositions de la Convention collective, s'agissant des membres des groupements signataires de l'acte. Seuls, les tiers qui seront soumis à la Convention collective à la suite d'un arrêté d'extension du ministre du Travail, acte unilatéral, doivent être considérés, de ce fait, comme régis par un règlement de droit public, dont le régime présentera quelques particularités, en raison des conditions dans lesquelles la Convention a été élaborée avant d'être étendue. De telle sorte qu'il n'est possible ni de considérer comme placés dans la même situation juridique, l'ensemble des employeurs et des salariés soumis à la Convention collective, compte tenu de l'arrêté d'extension, ni de qualifier de situation de droit privé, la situation des membres des groupes originellement parties à la Convention et de purement réglementaire de droit public, celle des personnes auxquelles le domaine d'application de la Convention a été étendu par voie d'autorité. On ne peut schématiser ni dans un sens ni dans l'autre. S'agissant des membres des groupements signataires de la Convention collective, si le principe est que l'arrêté d'extension ne modifie pas leur situation, il faut cependant signaler, d'une part que les inspecteurs du travail et les contrôleurs des lois sociales en agriculture sont chargés de contrôler l'application des dispositions des Conventions collectives ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension (216) et, d'autre part que des sanctions pénales sont prévues en cas de violation des dispositions de la Convention collective étendue (217). Ce qui constitue une atténuation manifeste du caractère purement privé de la condition de ces personnes. S'agissant, par contre, des tiers, il est admis que leur condition est modifiée par l'arrêté d'extension. Nous estimons qu'ils sont soumis à l'arrêté d'extension qui, à leur égard, s'est approprié les dispositions contenues dans la Convention collective. Dans la mesure où, par suite d'un acte de la puissance publique qui peut être indépendant de toute manifestation de volonté de

(216) Article 31 y, L. I^{er}, C.T.

(217) Article 31, 2 a et 2 b, L. I^{er}, C.T.

leur part, des individus se trouvent soumis à des règles, à l'élaboration desquelles ils n'ont pas participé, ils doivent être considérés comme placés dans une situation statutaire de droit public. Nous ne croyons pas pouvoir partager l'opinion de M. Durand selon laquelle « l'arrêté ne porte pas directement une règle juridique ». Nous estimons, au contraire, que l'arrêté d'extension porte création d'une norme, norme d'application de règles préalablement établies, indépendamment de la volonté de ceux auxquels elles vont s'appliquer. Il nous semble difficile de considérer que les tiers seront soumis à la Convention collective et non à l'arrêté d'extension. L'arrêté ministériel ne se borne pas à « étendre le domaine personnel d'application de la Convention collective sans en modifier le domaine professionnel ni le domaine territorial » (218), il adapte la Convention collective aux besoins de la catégorie d'individus à laquelle ses dispositions vont s'appliquer : en ce sens que, le ministre peut exclure des clauses qui « pouvant être distraites de la Convention sans en modifier l'économie, ne répondraient pas à la situation de la branche d'activité dans le champ d'application territorial considéré » (219). D'autre part, la soumission des tiers à l'arrêté d'extension et non à la Convention collective nous semble illustrée par le fait qu'à l'heure actuelle, en dehors du cas de modifications substantielles, les modifications secondaires sans entraîner la caducité de l'arrêté d'extension (220), ne sont pas applicables aux tiers, en l'absence d'un nouvel arrêté d'extension, alors que les membres des groupements signataires sont tenus de se conformer aux nouvelles règles. De même l'indépendance de l'arrêté d'extension par rapport à la Convention collective s'agissant des tiers à la Convention explique le pouvoir reconnu au ministre de rapporter l'arrêté d'extension en vue de mettre fin à l'extension de l'ensemble des dispositions de la Convention collective ou de certaines de ces dispositions seulement, « lorsqu'il apparaîtra que la Convention ou les dispositions considérées ne répondent plus à la situation de la branche d'activité dans la région considérée » (221). Mais le caractère particulier de l'élaboration des dispositions de ce « règlement de droit public » imposé par voie d'autorité apparaît dans la liaison entre l'arrêté d'extension et la Convention s'agissant de la durée de l'extension. En effet, il n'est pas possible de faire abstraction totalement, même s'agissant des tiers, de l'origine des règles dont l'application leur a été étendue par un

(218) DURAND, article précité.

(219) Article 31 j, L. I^{er}, C.T.

(220) L'ancien article 31 « vf » stipulait la caducité de l'arrêté en cas de modification apportée à la convention collective. M. DURAND estime qu'une distinction est à faire entre les diverses sortes de modifications. Seules les modifications substantielles entreraient dans le cadre de l'article 31 « m » qui prévoit la caducité de l'arrêté en cas de dénonciation de la convention collective.

(221) Article 31 m, L. I^{er}, C.T.

acte de la puissance publique. C'est ainsi que la loi a prévu que l'arrêté d'extension « cessera d'avoir effet lorsque la Convention collective aura cessé d'être en vigueur entre les parties par suite de sa dénonciation ou de son non-renouvellement » (222), dès lors que l'extension des effets et des sanctions de la Convention collective « avait été prévue pour la durée et aux conditions prévues par ladite Convention » (223). Encore faut-il préciser que la caducité de l'arrêté d'extension ne s'applique que si la dénonciation met fin à l'application de la Convention collective dans les rapports des parties signataires, de telle sorte que si plusieurs syndicats ont signé, la dénonciation de l'un laisse subsister la Convention vis-à-vis des autres et sera sans effet sur l'arrêté d'extension. Toutefois si la dénonciation émane des organisations les plus représentatives, la condition indispensable pour l'extension disparaît et l'arrêté devient caduc. Si la Convention est dénoncée par certaines organisations syndicales les plus représentatives seulement et non par d'autres, la Convention devrait normalement continuer à s'appliquer mais, comme le fait remarquer M. Durand, si cette organisation (ou ces organisations) par son nombre, son influence, son aptitude à exprimer les sentiments des milieux professionnels représente un courant important de l'opinion patronale ou ouvrière, il paraît probable que le ministre usera de son droit de rapporter l'arrêté d'extension, la Convention ne répondant plus à la situation de la branche d'activité dans la région considérée.

Donc, à notre avis, sous réserve de l'influence du mode d'élaboration de la Convention collective étendue, dès lors que la puissance publique met son sceau (l'arrêté d'extension) sur une Convention collective, elle transforme un « règlement privé en un règlement public » (224) à l'égard des tiers par rapport aux parties signataires. Ainsi les personnes soumises à cette sorte de règlement ne sont-elles pas dans une situation sensiblement différente de celles qui, entrant au service de l'Etat, sont soumises au statut de la fonction publique ou à un statut réglementaire de droit public.

163. — Les disposition de l'article 31 e, alinéa 2 (L.I.C.T.) aux termes desquelles « lorsque l'employeur est lié par les clauses de la Convention collective de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui », consacrent en un sens la prise en considération de l'entreprise comme une institution dotée d'un certain statut. Le droit du travail permet, en effet, au travailleur, de suivre le « régime statutaire de l'entreprise puisqu'il peut réclamer le bienfait de la Convention collective qui

(222) Article 31 m, précité.

(223) Article 31 j, alinéa 2.

(224) Voir dans ce sens : BRETHE, D. 1950, p. 65 et BLANCHET, D.S. 1957, p. 278, concl SOULEAU dans Trib. civ. Seine, 15 avril 1959, J.C.P. 1959.II.11320. *Contra* : DURAND, article précité.

s'applique à l'entreprise alors même qu'il n'est pas membre du syndicat ayant signé cette Convention » (225). Tel est du moins le régime établi par la loi du 11 février 1950 car, sous l'empire de la loi du 25 mars 1919 (226), seuls les membres des syndicats contractants étaient soumis à la Convention. Toutefois, en application de l'ancien article 31 *r*, si l'une des parties au contrat individuel de travail était seule liée par la Convention collective, elle était présumée vouloir s'y référer, sauf clause contraire. De telle sorte que le chef d'entreprise pouvait, s'il le voulait, faire profiter de la Convention collective les membres de son personnel non-syndiqués. Le principe posé par la loi du 11 février 1950 (article 31 *e*, al. 2 précité) suivant lequel la Convention collective liant le chef d'entreprise s'applique à tout le personnel, même aux ouvriers non affiliés au syndicat contractant présente une double différence avec l'ancienne règle. D'une part, l'application de la Convention collective s'effectue de plein droit, sans que l'employeur puisse l'exclure, par une clause contraire du contrat individuel. D'autre part, le nouveau texte ne vise pas le cas inverse où la seule partie soumise à la Convention serait le salarié. Mais ce cas est moins fréquent que l'autre, car, comme le souligne M. Brèthe (227), le plus souvent dans une entreprise soumise à une Convention, il y a une masse de non-syndiqués qui ont donc intérêt à bénéficier des avantages de la Convention collective. De plus, il est plus simple pour le patron d'appliquer une loi unique à tous les membres de son personnel que d'avoir à rechercher s'ils sont adhérents ou non au syndicat ouvrier signataire. L'application de ce principe bien que contestée par certains auteurs a cependant été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt de sa chambre civile, section sociale, du 17 juillet 1956 (228). M. Durand (229) estime cependant que l'extension automatique des dispositions de la Convention collective aux contrats de travail passés par le patron est contraire au « principe de la liberté syndicale, base de notre système social » dans la mesure où elle permettrait à un syndicat ouvrier de faire la loi aux non-syndiqués. Ce pouvoir serait d'autant moins justifié si le syndicat n'est pas le plus représentatif. M. Durand dénonce une manœuvre possible de l'employeur qui pourrait négocier avec un syndicat non confédéré minoritaire, pour faire échec aux grandes organisations syndicales. Par ailleurs, il souligne les conflits insolubles qui résulteraient de la signature de plusieurs Conventions collectives avec divers syndicats ouvriers, l'ensemble du personnel se trouvant alors soumis à des règles contradictoires. Par

(225) CHARLIER, article précité aux *Mélanges Mestre*, p. 82.

(226) Ancien article 31 *k*, L. 1^{er}, C.T.

(227) Note sous Cass. soc. 17 juillet 1956, D. 1957, 509.

(228) Voir références *supra*.

(229) Voir commentaire sur la loi du 11 février 1950, D.S. 1950. 160 et *op. cit.*, T. III, n° 196, p. 551.

contre, M. Brèthe de la Gressaye approuve cette règle nouvelle favorable aux salariés (230). Elle lui paraît réaliser une extension remarquable des effets de la Convention collective. Elle permet, avant l'extension à tous les établissements, par arrêté ministériel, l'extension de plein droit de la Convention collective à tout le personnel des établissements, qui s'y sont soumis volontairement. Ainsi se trouve affirmé le caractère réglementaire de la Convention collective : elle fait la loi à tout le personnel dans les entreprises qui y sont assujetties. De telle sorte qu'il suffit de déterminer quels sont les employeurs liés par la Convention, que ce soit à titre individuel ou comme membres du syndicat patronal signataire. Automatiquement, tous leurs ouvriers seront bénéficiaires de la Convention. Contrairement à l'opinion émise par M. Durand, M. Brèthe de la Gressaye estime que la règle posée par l'article 31 e, alinéa 2, est conforme à l'esprit général de la loi de 1950 qui tend à unifier les conditions de travail pour tous les travailleurs de la profession en tenant compte de ce que les syndicats, facultatifs et parfois multiples, n'ont pas un pouvoir réglementaire sur tout le corps professionnel.

La règle posée par la loi de 1950 s'inscrit dans le cadre de la distinction faite par le législateur, en ce qui concerne les effets de la Convention collective à l'égard des chefs d'entreprise d'une part, et à l'égard des travailleurs d'autre part. S'agissant des premiers, les entreprises non adhérentes au syndicat patronal signataire de la Convention ne sont pas soumises d'office aux règles de la Convention et c'est pour elles qu'a été prévue la procédure d'extension. S'agissant, au contraire, des seconds, le personnel d'une même entreprise, même non syndiqué, se doit d'être soumis de plein droit et sans dérogation possible à la Convention, dès lors qu'elle lie le chef d'entreprise. Cette extension automatique dans le cadre de l'entreprise s'explique, en effet, par la conception que se fait M. Brèthe de l'entreprise, conception que nous partageons entièrement pour notre part. Le personnel, quelle que soit sa situation syndicale, forme un tout, une communauté de travail qui doit être soumise à une loi commune, dont le règlement d'atelier constitue par ailleurs une des composantes. A l'opposé du règlement d'atelier qui émane, comme nous le verrons, du seul pouvoir réglementaire du patron, la Convention collective résulte du pouvoir réglementaire exercé en commun par les chefs d'entreprise et les syndicats ouvriers et qui porte, par nature, sur un objet indivisible : le « travail de la communauté d'entreprise ». Le principe de l'autorité relative du syndicat sur ses membres, sur lequel M. Durand mettait l'accent, doit, au contraire, selon M. Brèthe, s'assouplir pour maintenir l'unité de la communauté d'entreprise. La discordance entre l'unité du personnel de l'entreprise et la

(230) Cf. note précitée.

diversité des syndicats facultatifs peut, certes, entraîner des difficultés, plus théoriques que pratiques d'ailleurs, au cas de Conventions multiples et contradictoires, mais il s'agit là des conséquences inévitables de la liberté syndicale des travailleurs et de la liberté des employeurs de traiter avec les syndicats ouvriers susceptibles de s'entendre avec eux. Ces difficultés ne disparaîtront que lorsque la Convention collective sera l'œuvre des syndicats patronaux et ouvriers les plus représentatifs permettant ainsi l'extension par le ministre. En reprenant les termes mêmes de M. Brèthe, nous dirons que la Convention collective étendue « atteint alors sa perfection : elle est la loi de la profession toute entière ». En dehors de là, elle n'est que partielle; du moins faut-il que dans le domaine étroit des entreprises assujetties à la Convention, celle-ci règlement la situation de tout le personnel sans distinction.

164. — Ces différents traits caractéristiques des Conventions collectives ont amené certains auteurs à mettre en doute la place de la Convention collective dans le cadre d'un traité de droit civil (231). L'évolution du droit conduit la Convention collective du régime contractuel au régime réglementaire. « Dès qu'on s'écarte de l'effet relatif des contrats, caractère fondamental en droit privé, on ébranle l'idée même du contrat » (232). S'il est vrai que la Convention collective conserve une « teinture » contractuelle quant à son mode d'élaboration et quant à l'obligation qu'elle impose aux parties de ne rien faire qui puisse compromettre son exécution, il n'en demeure pas moins que son caractère réglementaire tend de plus en plus à l'emporter. Elle apparaît, en effet, comme la loi professionnelle qui établit les règles générales auxquelles devront se conformer les contrats individuels de travail, conclus dans la profession et dans la région visées par la Convention sous peine de nullité des clauses contraires. La Convention collective crée ainsi une règle corporative qui, dans certains cas, a valeur légale.

B. — CONVENTION COLLECTIVE ET STATUT RÉGLEMENTAIRE.

165. — Si, à certains égards, la Convention collective se distingue nettement du statut réglementaire (233) auquel se trouvent soumises certaines catégories d'agents de personnes publiques (234), il

(231) Cf. ROUAST, *Traité de droit civil* de PLANIOL et RIPERT. T. XI, 2^e éd., n° 881, p. 134.

(232) PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, 4^e éd., 1952, n° 682.

(233) DURAND, article cité, C.J.E.G. 1954, pp. 99 et suiv.

(234) De son côté le Conseil d'Etat a considéré que le statut du personnel des Caisses d'épargne ordinaires, établissements d'utilité publique, élaboré par une commission paritaire, bien que non soumis à une approbation

faut cependant admettre que s'agissant d'une Convention collective étendue, on se trouve en présence d'un véritable règlement (235). Par ailleurs, pas plus un statut qu'une Convention collective ne peut déroger aux dispositions légales d'ordre public, qu'il s'agisse de dispositions expresses de la législation écrite ou de principes généraux du droit (236). Mais compte tenu du fait que les règles d'ordre public ne sont pas seulement contenues dans des lois ou décrets mais aussi dans des usages professionnels, il est admis qu'une Convention collective résultant d'un accord conclu entre des organisations syndicales placées sur un plan d'égalité peut déroger à ces usages à la différence du statut unilatéralement imposé par l'autorité publique (237).

166. — Inversement, on peut théoriquement admettre qu'un statut, lui-même fixé par décret, puisse déroger dans un sens défavorable aux salariés aux règles d'ordre public contenues dans un décret antérieur en raison de l'absence de hiérarchie entre les décrets. Par contre, l'article 31 *a* (L.I.C.T.) interdit aux Conventions collectives de déroger aux règles d'ordre public contenues dans des décrets. Mais il s'agit là d'une différence d'ordre théorique car on conçoit difficilement la suppression par un statut d'une protection de caractère général conférée à tous les salariés par décret. M. Durand souligne, par ailleurs, que l'ordre juridique ne résulte pas seulement des lois, mais aussi de l'interprétation des tribunaux et des instructions de l'Administration. L'interprétation des tribunaux judiciaire s'impose aux organisations signataires d'une Convention collective. Une clause qui méconnaîtrait cette interprétation serait annulée. Mais, les recours contre les statuts sont portés devant la juridiction administrative. Or, dans la mesure où l'interprétation de la loi consacrée par les tribunaux judiciaires peut ne pas coïncider avec celle du juge administratif, il se peut que les personnels soumis à un statut soient privés de la protection donnée à l'ensemble des salariés par les tribunaux de l'ordre judiciaire. Enfin, M. Durand signale que la Convention collective peut améliorer la condition des salariés sans qu'aucune limitation ne soit apportée aux charges imposées aux entreprises. Aucune clause ne peut, en effet, être insérée dans une Convention sans le consen-

ministérielle, mais qui avait été notifié par une circulaire du ministre des Finances constituait non une convention collective, mais un règlement administratif, s'imposant aux caisses (C.E., 25 novembre 1949, Caisse d'épargne ordinaire d'Etampes, *Rec.*, p. 505).

(235) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 215.

(236) Voir *supra*, n° 142.

(237) M. DURAND cite à titre d'exemple les dérogations en matière de délai-congé visées par l'article 23, L. I^{er}, C.T. Ces dérogations doivent désormais respecter les dispositions de la loi du 18 février 1958 portant réforme du délai-congé. Voir commentaires CAMERLYNCK, D. 1958. Chronique p. 57 et LAPP et APRILL, J.C.P., 1958.I.1438.

tement des organisations patronales, de sorte que la protection des entreprises est assurée par le droit de ne pas accepter une clause trop onéreuse. Le ministre peut-il imposer aux entreprises publiques des charges financières sans aucune limitation ? En deçà de la frontière du pouvoir réglementaire que constitue l'interdiction de déroger aux lois d'ordre public protectrices des salariés, s'étend, selon M. Durand, un domaine où la liberté du Gouvernement paraît entière. Ainsi la protection de l'entreprise publique semblerait méconnue par le statut. L'auteur reconnaît tout aussitôt qu'en fait, le pouvoir exécutif ne dispose pas d'un tel pouvoir discrétionnaire dans la mesure où le statut constitue un arbitrage permanent rendu nécessaire par les divergences de vues existant entre organisations syndicales et entreprises publiques. Et M. Durand souhaite que le Conseil d'Etat soit amené à tracer « les limites du règlement statutaire » au même titre que la Cour supérieure d'arbitrage avait fixé celles du règlement arbitral. Dans un arrêt du 20 décembre 1938 (238), cette juridiction déclarait qu'« un arbitre ne peut aggraver les obligations légales des employeurs qui ne seraient pas justifiées par des circonstances propres à la cause, notamment par les conditions d'exercice de la profession intéressée, ou des usages observés dans cette profession, ou encore des conditions d'existence dans la région envisagée ». M. Durand estime que, d'une manière générale, le statut réglementaire inférieur à la loi dont il ne possède « ni la souveraineté, ni les garanties d'élaboration », l'est également par rapport à la Convention collective, « forte de l'accord des parties signataires, limitée dans le temps, douée d'une toute autre puissance dans la création de règles juridiques ». Et, considérant que les avantages qu'il apporte aux organisations syndicales en des années propices se retournent contre elles, au profit du pouvoir politique, quand viennent des temps moins heureux, M. Durand conclut qu'il n'est « nullement évident que le statut soit durablement appelé à prendre place, auprès de la loi, du décret et de la Convention collective parmi les grandes sources du droit moderne du travail ». Ses préférences vont à la généralisation du mécanisme de la Convention collective qui, assortie d'une faculté d'agrément, au moins partielle, suffirait à protéger l'Etat contre les risques éventuels d'une Convention collective. Par ailleurs, des procédures où se succéderaient conciliation et médiation, écarteraient le risque d'échec dans la négociation.

C. — CONVENTION COLLECTIVE ET SENTENCE ARBITRALE (239).

167. — Ces deux institutions présentent des traits communs. Ainsi, en application de l'article 17, alinéa 1, de la loi du 11 février

(238) C.S.A. 20 décembre 1938, Synd. des Négociants en fer, D.S. 1939, 25.

(239) T. Mirsou, *Les Rapports entre la convention collective et la sentence collective et la sentence arbitrale dans les conflits collectifs du travail*. Th. Paris 1956.

1950, une sentence arbitrale, devenue exécutoire, portant « sur l'interprétation des clauses d'une Convention collective existante, sur les salaires ou sur les conditions de travail » produit, après son dépôt légal, les effets d'une Convention collective de travail. De même les pouvoirs d'extension du ministre du Travail s'appliquent aux sentences arbitrales. Mais, si un arbitre est compétent pour établir un règlement équitable des conditions de travail, il n'a cependant pas pouvoir d'ordonner l'insertion dans une Convention collective d'un règlement équitable des conditions de travail qu'il a établi. L'arbitre ne peut pas rédiger la Convention des parties et la leur imposer (240), car le règlement arbitral qui puise sa force obligatoire dans la loi ne s'identifie pas au règlement paritaire des conditions de travail qui constitue la Convention collective. S'il est vrai que les parties ne peuvent pas procéder à l'annulation pure et simple du règlement arbitral qui les lie, du moins peuvent-elles à tout moment, le modifier ou le remplacer par une Convention collective.

168. En dépit du déclin du contrat de travail comme base des relations individuelles de travail, il faut cependant noter que si la Convention collective contient certaines clauses qui produisent directement leurs effets à l'égard des signataires (241), pour l'essentiel, l'accord intervenu ne prendra effet qu'à travers les contrats individuels de travail qu'il va régir (242).

§ 3. — Le contrat de travail.

169. — Nous avons déjà signalé (243) l'évolution, comme source de la réglementation du travail, de cette « Convention par laquelle une personne, qualifiée de travailleur, de salarié, ou d'employé s'engage à accomplir des actes matériels généralement de nature professionnelle, au profit d'une autre personne, dénommée employeur ou patron, en se plaçant dans une situation de subordination, moyennant une rémunération en argent, appelée salaire » (244). A l'époque où le principe de la liberté contractuelle dominait le droit des contrats, c'est-à-dire au début du XIX^e siècle, le contrat de travail entraînait dans le champ d'application du « fais-

(240) C.S.A., 18 mai 1938. Chambre syndicale des constructeurs. D.S. 1938, p. 252.

(241) Ainsi en est-il des règles relatives à l'activité du syndicat au sein de l'entreprise.

(242) Voir sur ce point, RIVERO, *article cité*, D.S. 1952, p. 656.

(243) Voir *supra*, n° 144.

(244) DURAND, *op. cit.*, T. II, p. 223. Combien plus lyrique et aussi plus naïve apparaît la conception de Saint-Just, pour qui le contrat de travail est un « engagement légal et sacré entre l'homme qui travaille et celui qui le paie ». (« Essai de Constitution », rapporté par C.-J. GIGNOUX : *Saint-Just*, p. 101).

ceau de libertés » (245) qui découlait de ce principe : liberté pour chacun de contracter ou de se refuser à la conclusion d'un contrat, liberté pour choisir la personne du cocontractant, liberté de déterminer les conditions de temps, de lieu, de contenu, de forme et la durée de la Convention, liberté de modifier ou de résilier d'un commun accord le contrat déjà formé. Comme le souligne M. Durand, seules quelques dispositions impératives, motivées par la sauvegarde de l'ordre public, et de caractère exceptionnel, limitaient cette liberté en interdisant parfois le contrat ou en le subordonnant à des conditions déterminées. Mais, peu à peu, le droit moderne est venu restreindre la liberté contractuelle. Qu'il s'agisse de la formation, du contenu ou des effets du contrat de travail, la liberté contractuelle telle que la concevait le Code civil a presque totalement disparu (246). Depuis un demi-siècle le contrat de travail a attiré l'attention constante du législateur, car livrer le travail à la libre Convention des parties, c'était, selon l'expression de M. Ripert, « condamner le salarié à subir la loi du patron » (247). Cette intervention croissante du législateur a conduit M. Ripert à considérer qu'à l'ancien louage de services entièrement contractuel, a succédé un contrat de travail moderne presque entièrement réglementaire. Il est certain que l'intervention de l'Etat a permis de rétablir un certain équilibre, une certaine égalité entre l'employeur puissant et le travailleur obligé d'accepter le contrat. Reprenant la formule de Lacordaire, M. Rivero a pu considérer que la liberté contractuelle, s'agissant du contrat de travail, est vite apparue comme « la liberté qui opprime », en ce sens qu'elle s'est « révélée psychologiquement vide pour le salarié de tout contenu répondant à l'expérience de la liberté » (248). Très tôt, en effet, le contrat se trouva entièrement déterminé quant à son contenu par l'employeur seul alors qu'il s'agissait d'un contrat nécessaire pour le salarié. Plutôt que d'essayer d'instaurer une liberté de discussion plus théorique que réelle, l'Etat a préféré se substituer à l'employeur pour la détermination du contenu du contrat, afin de mieux assurer la protection du travailleur. D'où l'édiction de lois impératives de plus en plus nombreuses et l'intervention des agents de l'Etat afin d'en contrôler l'exacte application. Par ailleurs, le mécanisme des Conventions collectives a permis d'instaurer sur le plan collectif un débat que le cadre restreint du contrat individuel et l'inégalité des parties en présence n'avaient pas permis. Le caractère du contrat de travail ne s'est pas trouvé transformé pratiquement puisque, de toute façon déjà,

(245) DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *Rev. trim. de droit civil*, 1944, p. 73.

(246) COLIN et CAPITANT, *Traité de droit civil*, T. II, 10^e éd., 1948, p. 752.

(247) RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., 1951, p. 42.

(248) RIVERO, article cité, D.S. 1952, p. 656.

selon l'expression de M. Rivero, le contrat de travail s'était trouvé « dénaturé », étant sorti de l'ordre du « choisi » auquel ce mécanisme juridique appartient normalement pour entrer dans l'ordre du « subi ». Du moins, les intérêts du travailleur se trouvaient-ils mieux protégés.

Tous les auteurs sont unanimes pour reconnaître que l'évolution du régime juridique du contrat de travail a été telle que sa nature s'en est trouvée profondément transformée. Pour M. Savatier, « l'acte-loi, l'acte-règle se substitue au contrat et déjà nous sommes proches du contrat forcé » (249).

170. — On peut dire que cette évolution du contrat s'est faite dans le cadre d'un « dirigisme contractuel » pour reprendre une expression de M. Josserand (250), tendant à soumettre cet acte juridique à un véritable statut légal (251) dont les éléments constitutifs pouvaient être fournis aussi bien par la loi que par les tribunaux, les Conventions collectives ou les règlements des organisations professionnelles. Non seulement la volonté privée ne peut plus toujours déterminer librement le contenu de l'acte mais elle n'est même plus toujours libre de conclure ou de ne pas conclure. Dans certains cas, en effet, la loi organise une contrainte indirecte, dans d'autres elle va jusqu'à imposer un contrat (252). La contrainte indirecte peut s'exercer, tout d'abord, sur les employeurs. Ainsi, la loi du 26 avril 1924 impose l'obligation d'embaucher un certain pourcentage de mutilés et pensionnés de guerre. Le refus d'embaucher doit être motivé à peine d'entraîner le paiement d'une redevance. En cas d'acceptation, un contrat de travail sera normalement conclu. S'agissant d'une contrainte indirecte sur les travailleurs, la loi du 11 octobre 1940 (art. 7, al. 2), a par exemple prévu que les travailleurs sans emploi pouvaient être amenés à accomplir un travail en contrepartie de l'allocation de chômage. Cette prestation de travail n'est pas toujours exigée. Mais la Cour de cassation a estimé que dans le cas où cette prestation était exigée par la municipalité, le chômeur étant libre d'accepter ou de refuser le travail offert, sauf dans ce dernier cas, à perdre le bénéfice de l'allocation-chômage, il se trouvait lié par

(249) SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1948, p. 48. Voir également G. MORIN, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », *Archives de philosophie du droit*, 1940, pp. 7 et suiv.

(250) JOSSERAND, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal », D.H., 1940, p. 5, et « Le contrat dirigé », D.H., 1933, p. 29.

(251) PERREAU, « Evolution vers un statut légal des contrats ». *Mélanges Geny*, T. I., p. 354.

(252) DURAND, *op. cit.*, T. I., p. 224.

un contrat qui réunissait les éléments essentiels d'un contrat de louage de services (253).

171. — Mais, parfois, la loi va plus loin et impose un véritable contrat. Tel est le cas du système employé en Allemagne au profit des démobilisés par l'ordonnance du 12 janvier 1923. En France, le décret-loi du 29 juillet 1939 a institué le « contrat de salaire différé » (254). Au terme de l'article 63 du Code de la famille, les descendants âgés de plus de 18 ans qui ont participé directement et effectivement à une exploitation agricole sans être associés aux bénéfices ni aux pertes et qui n'ont reçu aucun salaire en argent sont réputés bénéficiaires d'un contrat de travail à salaire différé (255). De même, la loi du 4 septembre 1942 sur l'utilisation de la main-d'œuvre avait prévu que certaines catégories de personnes pouvaient être assujetties à effectuer tous les travaux que le Gouvernement jugerait utiles dans l'intérêt supérieur de la Nation. En vertu d'une mesure autoritaire, ne supposant ni consentement ni contrat, un rapport juridique se trouvait créé qui soumettait la personne affectée à une situation identique à celle du salarié exécutant un contrat de travail. En effet, l'article 11 du décret du 25 novembre 1942 stipulait que toute personne ayant reçu une affectation dans les conditions prévues par la loi, bénéficiait dans son nouvel emploi de la législation ouvrière et sociale. On peut ainsi rapprocher l'obligation légale de contracter du rapport contractuel d'origine légale (256) dans la mesure où un rapport juridique né sans la volonté des parties est soumis aux règles qui gouvernent les obligations contractuelles.

172. — Ces différents éléments relatifs au régime juridique du contrat de travail ont amené les auteurs à « repenser » la qualification du contrat de travail. Ainsi, M. Lyon-Caen, distingue-t-il toute une gamme de contrats de travail : le contrat libre, le contrat contrôlé, le contrat dirigé, le contrat imposé, dans laquelle la liberté contractuelle va en s'amenuisant (257). M. Jossierand s'attachant à donner un aperçu général des tendances contemporaines de la théorie des contrats (258) a constaté qu'il arrivait que l'opération contractuelle affectait dans certains cas un caractère régle-

(253) Cass. civ., 5 novembre 1946, G.P. 1947, I, 52.

(254) JOSSE RAND, article cité. D.H. 1940, p. 5.

(255) M. DURAND estime cependant que la situation créée n'a rien de contractuel (*op. cit.*, T. I. p. 226). Mais l'utilisation du terme « contrat » nous paraît symptomatique de la transformation de la notion de contrat.

(256) LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 241, p. 190. Nous avons vu précédemment que la situation de l'affecté spécial ou du requis civil était du même ordre. Bien que n'ayant pas conclu de contrat, la loi voit en lui un salarié bénéficiant de la législation du travail (cf. *supra*, n° 105).

(257) LYON-CAEN, *op. cit.*, pp. 187 et suiv.

(258) JOSSE RAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats ». *Rev. trim. du droit civil*, 1937, p. 1.

mentaire, exclusif de tractations préalables, non seulement pour l'un des contractants, mais bien pour les deux parties dont la liberté de détermination est réduite à choisir — et le choix est souvent théorique — entre l'adhésion et l'abstention. Tel serait le cas, selon l'auteur, des contrats de travail lorsqu'ils sont conclus, ainsi qu'il advient de plus en plus souvent, en exécution, en fonction d'une Convention collective préalablement signée entre employeurs et employés et ouvriers : « Il y a alors contrat d'adhésion à double action ; le postulat de l'autonomie de la volonté se trouve expulsé de part et d'autre pour faire place à un système de réglementation très poussé ; la Convention collective, sorte de super-contrat, commande aux contrats individuels qui n'en sont que la menue monnaie ; ou si l'on veut, elle est un cliché dont ces contrats sont autant d'épreuves tirées à l'infini » (259). La Convention collective fait ainsi figure d'avant-contrat et de super-contrat (260). Le contrat de travail a cessé d'être libre pour devenir dirigé (261) et le droit nouveau réalise selon l'auteur, une « socialisation en même temps qu'une publicisation du contrat » (262). Mais, même en l'absence de cette double action, sur l'employeur et le travailleur, qu'entraîne la Convention collective au moment de la signature du contrat individuel de travail, on peut estimer que dans la plupart des cas, le contrat est un contrat d'adhésion au moins pour l'une des parties, le travailleur. Comme l'a souligné M. Rivero (263), comme dans le contrat administratif, la libre négociation disparaît du contrat d'adhésion dont le contrat de travail lui apparaît être un exemple caractéristique. La loi du contrat est alors l'œuvre d'une partie. Si l'autre partie conserve cependant la liberté du consentement, ce qui peut constituer l'essentiel du point de vue juridique, du point de vue psychologique, il faut insister sur le fait que, d'ordinaire, celui qui impose ses conditions ne peut le faire que parce que le cocontractant éventuel est hors d'état de se passer de lui. « Et dès lors, comment la Convention conclue lui donnerait-elle le même sentiment de liberté que le contrat classique ? Il n'a voulu, en l'espèce, qu'un but qu'il n'avait même pas toujours la possibilité de ne pas vouloir, qui ressortait souvent pour lui à l'ordre de la nécessité, cette nécessité l'a contraint à subir sans discussion la loi d'un autre ; l'obligation qui en résulte pour lui reste à ses yeux, extérieure à sa libre volonté ; dès lors, la signification du contrat change : il n'exprime plus deux libertés, il traduit comme la loi, une contrainte : des

(259) JOSSEMAND, article cité, p. 9.

(260) *Ibid.*, p. 27.

(261) *Ibid.*, p. 29. Comme exemple de contrat dirigé. M. LYON-CAEN cite le contrat type proposé aux travailleurs étrangers par l'office d'immigration.

(262) *Ibid.*, p. 29. Sur ce point, voir l'article DELBEZ déjà cité, R.D.P. 1939, 462.

(263) RIVERO, article cité, D.S. 1952, 656.

deux parties en présence, l'une édicte la règle, l'autre fait la démarche, souvent inévitable pour elle, qui l'y assujettit ». Et l'auteur conclut ainsi que « c'est une véritable dénaturation du rapport contractuel qui s'opère à travers le contrat d'adhésion ». Si certains auteurs ont pu critiquer la notion de contrat d'adhésion en ce qu'elle leur apparaissait peu précise puisque « adhérer c'est consentir », nous estimons cependant que par les analogies qu'un tel contrat présente avec les contrats administratifs, il ne permet plus d'opposer rigoureusement la source juridique des obligations d'un préposé d'une personne publique à celle qui se trouve à la base des obligations d'un préposé d'une personne privée.

173. — Le contrat de travail au même titre que l'acte de nomination d'un agent public, peut être considéré comme le moyen d'entrer dans l'institution-entreprise ou l'institution administrative (264).

Le rattachement du contrat de travail à l'idée d'institution peut être illustrée par les dispositions de l'article 23, alinéa 7 (L.I., C.T.) aux termes desquelles « s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise ». Il apparaît, en effet, que dans ces conditions, « c'est l'entreprise qui est l'employeur, c'est à elle que le travailleur est lié » (265).

§ 4. — Le règlement d'atelier (266).

Il nous a paru utile de consacrer quelques développements au règlement d'atelier, à cette place, car bien que ne constituant pas le lien unissant le salarié à son employeur, il n'y est cependant pas étranger, vu qu'il s'intègre à la réglementation des conditions de travail au sein de l'entreprise. Il constitue donc un des éléments sur lesquels s'appuie l'entreprise-institution.

174. — Le règlement intérieur, ou règlement d'atelier, constitue la « loi intérieure de l'établissement » (267), qui adapte à l'entreprise les dispositions générales de la réglementation du travail imposées par l'Etat. Obligatoire dans les entreprises industrielles d'au moins vingt ouvriers (268), cet acte pose notamment les règles

(264) Sur le déclin de la conception contractuelle au bénéfice de la conception institutionnelle de la société, Voir RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd. 1951, n° 583 et suiv., pp. 243-244.

(265) Voir CHARLIER, article cité, *Mélanges Mestre*, p. 82.

(266) Voir SARAMITO, « Le règlement intérieur dans les entreprises », D.O. 1953, 243.

(267) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 98.

(268) Article 22, L. 1^{er}, C.T.

de discipline (269) applicables à l'intérieur de l'entreprise, fixe les horaires de travail et détermine les conditions dans lesquelles sont assurées l'hygiène et la sécurité du travail (270).

175. — Elaboré unilatéralement par le chef d'entreprise, le règlement d'atelier recueille cependant l'avis du Comité d'entreprise ou des délégués du personnel et sa légalité est contrôlée par l'Inspection du travail. Le dépôt au Secrétariat du Conseil des Prud'hommes et l'affichage sur les lieux du travail assurent la publicité du règlement. Il faut souligner la particularité exceptionnelle dans les relations privées de cet acte par lequel le chef d'entreprise fixe les règles d'organisation et de discipline du travail dans son établissement et qui constitue une « réglementation obligatoire émanant d'une volonté unilatérale et d'une volonté privée » (271). Par son caractère obligatoire, le règlement d'atelier représente la loi de l'entreprise dont le caractère institutionnel apparaît encore plus marqué que celui de la Convention collective. Mais, dans la mesure où l'un est unilatéral et autoritaire et l'autre bilatéral et conventionnel, M. Scelle après avoir considéré que le règlement d'atelier et la Convention collective « ont en fait et en droit la valeur obligatoire de la loi ou du règlement administratif » (272), relève que la seule différence entre ces deux actes c'est que « l'un est un oukase, l'autre un traité » (273). C'est donc davantage dans son mode d'élaboration que dans ses effets, qui sont identiques, que le règlement d'atelier présente un caractère plus institutionnel que la Convention collective. Si de nombreux auteurs adoptent à juste titre la conception institutionnelle (274) du règlement d'atelier, cette opinion n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Ainsi, M. Lyon-Caen s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation (275) considère que, comme toute autre convention, le règlement d'atelier qui a été connu et accepté expressément ou tacitement par les salariés leur est opposable et doit être observé par eux et se prononce, au contraire, pour la conception contractuelle du règlement d'atelier (276). La Cour de cassation relève, en effet, que le salarié a accepté de se soumettre à ce règlement lorsqu'il s'est lié à son employeur par un contrat

(269) Cf. *infra*, n° 190.

(270) Compte tenu des clauses que le législateur étatique oblige le patron à insérer dans le règlement (notamment en matière sociale) et de celles qu'il lui est interdit d'y faire figurer.

(271) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 37.

(272) SCELLE, *Précis de législation industrielle*, p. 174.

(273) *Ibid.*, p. 190.

(274) Voir notamment RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 98 ; DURAND, *op. cit.*, T. I. p. 151 ; DURAND et ROUAST, *op. cit.*, n° 106, p. 132 ; CONIDEC et KIRSCH, *op. cit.*, p. 125.

(275) Cass. civ., 18 juillet 1934, S. 1935.I.45, voir dans le même sens, avec cependant quelques nuances, PLANIOL et RIPERT, 2^e éd., T. XI, p. 36, n° 793.

(276) LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 296 et suiv., p. 227.

de travail ; dès lors, M. Lyon-Caen en conclut que le règlement intérieur reçoit sa force obligatoire de son acceptation par le salarié et le règlement apparaît comme une sorte de convention accessoire au contrat de travail, dont il présente le même caractère de contrat d'adhésion (277). Pour leur part, MM. Legal et Brèthe adoptent une conception mixte : le règlement d'atelier contiendrait, d'une part, des clauses contractuelles complémentaires du contrat de travail, et d'autre part, des clauses réglementaires, notamment celles relatives à la discipline (278).

176. — Ainsi, l'entreprise-institution ne s'appuie pas sur des fondements radicalement différents de ceux qui servent d'assises à l'institution administrative. Non seulement l'entrée au service d'une personne publique n'est pas, en général, imposée de façon autoritaire, mais encore la détermination des conditions dans lesquelles seront exercées les fonctions pour le compte d'une personne publique n'est pas toujours exclusive de tout élément sinon contractuel, du moins consensuel. Si la discussion ne se place pas, en principe, sur le plan individuel, du moins est-elle possible sur le plan collectif, qu'il s'agisse d'un statut légal ou d'un statut réglementaire. Par ailleurs, si les conditions de la détermination de la situation juridique des agents des personnes publiques se rapprochent de celles dans lesquelles s'élabore la situation juridique des agents des personnes privées, par la place laissée à l'élément consensuel, nous avons pu constater que ce rapprochement se trouvait facilité par l'accentuation du caractère réglementaire de la détermination du statut du salariat privé au détriment du caractère purement contractuel longtemps affirmé. Donc, d'un côté, le caractère réglementaire n'est pas exclusif de tout élément consensuel, et d'un autre côté, le caractère purement consensuel s'estompe devant le caractère réglementaire. De ce rapprochement des sources résultera donc nécessairement un rapprochement du fond de la condition juridique des deux catégories d'agents auxquels nous consacrons notre étude.

(277) Selon que l'on adopte la thèse contractuelle ou réglementaire les irrégularités de la procédure d'élaboration du règlement intérieur auront plus ou moins d'influence sur la légalité et l'opposabilité du règlement au salarié. Voir sur ce point LEVASSEUR, D.S. 1954, p. 284.

(278) LEGAL et BRETHER, *Le Pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées*, 1938, pp. 68 et suiv.

CHAPITRE II

LE CONTENU DES RAPPORTS ENTRE LES INSTITUTIONS ET LEURS AGENTS

177. — L'aménagement des rapports au sein de l'institution tant administrative que privée, se fait en considération de deux principes : celui de la hiérarchie et celui de la subordination des préposés à leur commettant. Nous verrons tout d'abord les incidences de ces deux principes dans le domaine de la discipline interne à l'institution. Puis, nous examinerons dans quelles conditions l'exercice de libertés publiques fondamentales, tel que l'exercice des droits politiques et des droits syndicaux est compatible avec la poursuite du but commun inhérent à toute institution. Enfin, après avoir étudié les modes de règlement des conflits s'élevant au sein des institutions, il conviendra de déterminer dans quelle mesure les préposés, membres de l'institution, peuvent être appelés à participer à la gestion des intérêts collectifs de la communauté.

SECTION I

LA DISCIPLINE

178. — MM. Brèthe et Legal dans leur ouvrage sur *le pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées* (1) ont mis l'accent en l'étayant de judicieux développements sur l'idée, déjà ancienne,

(1) A. LEGAL et J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées*, 1938, pp. 47 et suiv.

selon laquelle tout groupement d'hommes reposant sur des intérêts qu'il doit protéger ou sur un but qu'il a pour mission de réaliser, est appelé à prendre des mesures lui permettant d'assurer son existence et faciliter son fonctionnement. Cette nécessité sera satisfaite par l'ordre et la coopération de ses membres, de telle sorte qu'il apparait indispensable d'édicter un certain nombre de « règles de droit qui fixent les devoirs de chacun et punissent les actes nuisibles à la vie du groupe, à la régularité de ses fonctions, aux intérêts dont la protection constitue sa raison d'être » (2). Qu'ainsi il apparait normal que, partout où surgit une réunion d'hommes, que ce soit dans le cadre d'une collectivité publique ou dans celui des relations purement privées, il y ait une discipline spéciale réprimant certains manquements, qui n'intéressent pas la collectivité nationale dans son ensemble, mais qui intéressent la vie de la communauté considérée. Cette discipline est nécessaire pour assurer la cohésion et le fonctionnement normal de la communauté, qu'il s'agisse d'une collectivité publique ou d'une usine (3).

Pour Hauriou, le droit disciplinaire s'intégrait normalement à la théorie de l'institution et lui apparaissait constitué par « l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée, qui ont pour objet soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose » (4).

Toujours dans la perspective institutionnelle, MM. Legal et Brèthe ont montré que dans tous les groupements organisés, qu'ils soient publics ou privés, les rapports entre les membres et les organes sont à base d'autorité et non d'égalité comme les rapports entre parties contractantes. Les droits exercés par les organes à l'égard des membres ne dérivent, en effet, pas toujours ou uniquement d'un contrat. Ils sont réglés par les lois de l'institution, dont l'ensemble forme le droit institutionnel, qu'il s'agisse des règles de la fonction publique ou des dispositions relatives à l'organisation du travail au sein de l'entreprise, telles qu'elles sont stipulées non seulement dans le contrat de travail, mais aussi dans les lois et règlements, les Conventions collectives et le règlement d'atelier. On peut donc considérer que les sanctions prises dans le cadre d'une entreprise privée, dépassent le cadre du contrat de

(2) NEZARD, *Principes généraux du droit disciplinaire*. Th Paris, 1903, p. 7.

(3) Voir en ce sens NEZARD, *op. cit.*, pp. 20 et 21, et VEDEL, cours cité, p. 922.

(4) HAURIOU, *Principes du droit public*, 1^{re} éd. 1910, p. 137. La définition donnée par MM. LEGAL et BRETHER est sensiblement la même (Voir *op. cit.*, p. 18).

travail (5) et ne constituent pas seulement l'exercice d'un droit subjectif, dont dispose une partie contractante de sanctionner elle-même les manquements de l'autre, à ses obligations ; elles s'apparentent aux mesures disciplinaires prises par l'Etat à l'égard de ses agents et sont ainsi la manifestation d'un pouvoir objectif, fondé sur la subordination des salariés au but poursuivi par l'entreprise.

MM. Legal et Brèthe considéraient qu'il existait un droit disciplinaire commun aux institutions publiques et privées. Mais cette unité foncière liée à l'idée même d'institution se trouvait altérée, à leurs yeux, par des différences secondaires, relatives, notamment, à l'origine des règles disciplinaires et à la juridiction compétente (6).

179. — A cette comparaison sur le plan statique, nous préférons une confrontation sur le plan dynamique, c'est-à-dire que nous essayerons de montrer dans quelle mesure l'atténuation du pouvoir discrétionnaire de l'Administration en matière disciplinaire d'une part, et l'emprunt par le droit disciplinaire privé de certaines techniques du droit public ont permis le rapprochement des deux droits disciplinaires (7). Même M. Chavanon, qui cependant considère que, sur le terrain des principes, il existe une différence fort appréciable (8) en matière de discipline entre les deux droits est obligé de reconnaître que l'esprit du droit privé a quelque peu imprégné le droit public de telle sorte que les « fonctionnaires ne sont pas soumis à une discipline sensiblement plus forte et plus arbitraire que celle qui s'applique aux salariés de droit commun » (9).

§ 1. — La discipline des agents des personnes publiques (10)

180. — On considère généralement le pouvoir disciplinaire comme une des manifestations du pouvoir hiérarchique, plus précisément comme un de ses moyens d'action (11). Le pouvoir hiérarchique est en effet le pouvoir appartenant à une « personne

(5) D'autant que le droit disciplinaire peut exister indépendamment de tout contrat de travail.

(6) LEGAL et BRETHER, *op. cit.*, pp. 50 et suiv.

(7) BRUN et GALLAND, *op. cit.*, III-97, p. 781.

(8) CHAVANON, « Les fonctionnaires et la fonction publique ». Cours I.E.P., 1950-51, p. 134. Il nous semble quant à nous que l'évolution pratique des deux droits disciplinaires ne permet plus de les opposer sur le terrain des principes alors qu'ils se rattachent tous deux à l'idée d'institution.

(9) Voir également GONDEC et KIRSCH, *op. cit.*, p. 121.

(10) DELEAU, *L'Évolution du pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires civils de l'Etat*. Th. Paris, 1933 ; PLANTEY, *op. cit.*, pp. 180 et suiv. ; LEMOINE, *L'Évolution du régime disciplinaire des fonctionnaires publics et la loi du 19 octobre 1946*. Th. Paris 1948.

(11) GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 98.

de faire, dans ses rapports avec une autre personne, prévaloir sa volonté personnelle, soit en la dirigeant, soit en la corrigeant » (12). Comme le précise M. Grégoire, « si commander consiste à prévoir, donner des ordres et veiller à leur exécution, celui qui exerce un commandement doit disposer de sanctions lui permettant dans les cas extrêmes d'imposer le respect de ses directives ». Ces sanctions n'ont d'autre objet que d'assurer la bonne marche du service public (13) : elles diffèrent en cela des sanctions pénales qui, elles, sont fondées sur un souci d'ordre public et de défense sociale (14). En ce sens, on a pu dire que le pouvoir disciplinaire est une branche du pouvoir hiérarchique dont il assure l'efficacité par le jeu de la répression (15). Il y a lieu de préciser cependant, que le pouvoir disciplinaire ne se confond pas avec le pouvoir hiérarchique, car il peut exister en dehors de lui (16). Mais le pouvoir disciplinaire se trouve affecté par l'évolution subie par le pouvoir hiérarchique, de telle sorte que le déclin de l'autorité hiérarchique (17) souligné par certains auteurs entraînera des modifications sensibles du caractère du pouvoir disciplinaire.

Nous noterons l'atténuation progressive de la rigueur du pouvoir disciplinaire, auquel sont soumis les agents des personnes publiques à propos des différentes questions soulevées par l'exercice de ce pouvoir, à savoir : la faute, l'autorité, la procédure et la sanction disciplinaire.

181. — S'agissant de la *faute*, on ne retrouve pas en matière disciplinaire de principe analogue à celui de la légalité des infractions en droit pénal (*nullum crimen sine lege*). La loi du 19 octobre 1946 (18) se bornait à poser dans son article 14 « que toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonc-

(12) EISENMANN, *op. cit.*, p. 73. Cf. également JÈZE, *Principes généraux*, T. III, 3^e éd. 1926, p. 111, et VEDEL, cours cité, p. 902.

(13) JÈZE, *Principes généraux*. T. III, 3^e éd. 1926, p. 87.

(14) Il faut toutefois distinguer les sanctions disciplinaires qui entrent dans le cadre répressif des simples mesures d'ordre intérieur qui se rattachent au « pouvoir d'emploi » qui appartient à l'autorité hiérarchique. Voir sur ce point J. RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives*. Th. Paris 1934, pp. 132 et suiv. L'auteur reprenant en la complétant la définition avancée par M. MESTRE (note sous C.E. 22 mars 1929, Gros, S. 1923.3.129) considère comme mesure d'ordre intérieur « toute mesure qui ne saurait léser non seulement les droits statutaires du fonctionnaire, mais encore d'une façon générale, la situation légale de celui qu'elle concerne » (*op. cit.*, p. 73).

(15) DUEZ et DEBEYRE, *op. cit.*, p. 676.

(16) Tel est le cas notamment du maire qui est soumis au pouvoir disciplinaire du préfet et du ministre de l'Intérieur lesquels ne peuvent cependant pas être considérés comme ses supérieurs hiérarchiques, le maire n'étant intégré dans aucune hiérarchie.

(17) P.-M. GAUDEMET, « Déclin de l'autorité hiérarchique ». Ch. Dalloz 1947, p. 137. et RIVERO, article cité Dalloz, 1947, p. 149.

(18) Les mêmes dispositions ont été reprises par l'article 9 de la loi du 28 avril 1952 portant statut du personnel communal et par l'article 11 du nouveau statut du 4 février 1959.

tions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale » (19). La loi du 19 septembre 1941 exprimait, dans son article 13, l'idée d'une forte hiérarchie et cela dans des termes très militaires, sans pour autant donner de précisions sur la faute de nature à déclencher une action disciplinaire : « Les fonctionnaires, à tous les rangs de la hiérarchie, sont soumis à une discipline fondée sur l'autorité des chefs, l'obéissance et la fidélité des subordonnés. La discipline se manifeste par une soumission constante aux lois, décrets et règlements en vigueur et par l'obéissance des subordonnés aux ordres de leurs supérieurs dans l'exercice de leur autorité. Cette obéissance doit être entière... » (20). La faute sera donc appréciée dans chaque cas concret par l'autorité dotée du pouvoir disciplinaire. Mais, si comme nous le verrons, cette autorité jouit d'un pouvoir discrétionnaire (sous réserve de la sanction d'un détournement de pouvoir) dans le choix de la sanction, compte tenu de la gravité de la faute, il faut cependant signaler que le contrôle juridictionnel qui s'exerce tant sur l'exactitude matérielle que sur la qualification juridique des faits de nature à justifier une mesure disciplinaire accorde des garanties sérieuses aux agents (21). De plus, si c'est l'intérêt du service qui fonde le devoir d'obéissance, c'est également lui qui en marque les limites (22). De telle sorte que, si en cas de simple doute sur la légalité de l'ordre qui lui est donné, l'agent doit présumer que l'ordre a été donné dans l'intérêt du service dont son chef est meilleur juge (23), par contre, dans le cas où l'ordre du chef est directement et manifestement contraire aux règles de fonctionnement du service ou à la loi, l'autorité du chef perd alors son fondement. L'agent n'étant plus en présence d'un ordre hiérarchique, mais d'un acte qui se détache nettement de la gestion du service public est tenu de refuser d'obéir sous

(19) De cet article qui consacrait l'indépendance de l'action disciplinaire par rapport à l'action pénale, il y avait lieu de rapprocher l'article 70, selon lequel il pouvait être sursis à statuer sur l'application d'une mesure disciplinaire jusqu'à ce que la juridiction pénale saisie ait, elle-même statué. Nous ne croyons cependant pas que cette disposition révélât par elle-même une certaine tendance à calquer la notion de faute disciplinaire sur celle de faute pénale (*contra* : CHAVANON, cours cité, p. 150). D'ailleurs, la suspension prévue à l'article 70 était purement facultative (C.E., 27 mai 1955, Dne Kowalewski, R.D.P., 1955, p. 783).

(20) M. CHAVANON rapprochant ces derniers mots de ceux par lesquels débute le petit « couplet » familier aux militaires selon lesquels « la discipline faisant la force principale des armées, il importe... » en conclut à l'existence en sein de l'administration d'une atmosphère « militaro-idyllique ». *Op. cit.*, p. 19.

(21) C.E., 14 janvier 1916, Camino, R.D.P. 1917, p. 447. Cond. CORNEILLE, p. 460. Note JÈZE. Voir sur ce point BERNARD, E.D.C.E. 1957, p. 54, et jurisprudence citée par PLANTÉY, *op. cit.*, pp. 183-184.

(22) Voir sur ce point concl. CHENOT dans C.E. 10 novembre 1944, Langneur D. 1945.88 et note CHAVANON, J.C.P. 1945.II.2852.

(23) C.E., 28 novembre 1951, Luccioni, *Rec.*, p. 558.

peine d'être lui-même passible d'une sanction, sa faute venant s'ajouter à celle de son chef. Le refus d'obéissance dans de tels cas est conforme à la règle supérieure qui conditionne à la fois l'autorité du chef et les propres devoirs du subordonné (24).

182. — S'agissant en second lieu, de l'autorité disciplinaire, il apparaît normal, compte tenu de ce que nous avons dit précédemment, que ce soit l'autorité hiérarchique, c'est-à-dire celle qui est investie du pouvoir de nomination. Tel est le principe posé par la plupart des statuts législatifs ou réglementaires (25) et réaffirmé par la jurisprudence (26).

Le pouvoir de l'autorité hiérarchique en matière disciplinaire se trouve limité, soit par la nécessité de la consultation préalable d'un organisme collégial, le Conseil de discipline, soit par le fait que dans certains cas, le pouvoir disciplinaire lui-même est exercé par un organe juridictionnel. Même dans le cadre de l'exercice du pouvoir disciplinaire purement hiérarchique, l'agent se trouve à l'abri de l'arbitraire, lorsque préalablement à toute sanction disciplinaire importante, la consultation d'un Conseil de discipline se trouve exigée (27). Mais la consultation d'un tel organisme n'est obligatoire que si un texte le prévoit (28).

Chaque texte prévoit la composition du Conseil de discipline (29) qui est en général paritaire. Le statut général de 1946 a étendu la garantie du Conseil de discipline à tous les fonctionnaires. Les commissions administratives paritaires (30) font office de Conseil de discipline (31), les questions de discipline entrant expressément dans le domaine de leurs compétences (article 31 de l'ordonnance du 4 février 1959) (32). Les dispositions du décret n° 59-311 du 14 février 1959, relatif à la procédure disciplinaire, fixent les modalités de leur intervention. Saisies par un rapport

(24) Concl. CHENOT, précitées. De cette conception, il faut rapprocher la théorie des « baïonnettes intelligentes » soutenue en droit pénal (Voir sur ce point H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de droit criminel*, 1947, p. 241).

(25) Article 62, de la loi du 19 octobre 1946. Article 35 de la loi du 28 avril 1952. Article 31 de l'ordonnance du 4 février 1959.

(26) C.E., 1^{er} mai 1929, *Roman, Rec.*, p. 442.

(27) Les peines les moins graves comme le blâme, l'avertissement, la réprimande (dans l'enseignement) sont infligées de façon immédiate par l'autorité hiérarchique.

(28) C.E., 20 juillet 1951, Michel, 26 octobre 1951, Dame Bousquet, R.D.P. 1952, p. 807.

(29) Voir s'agissant par ex. des agents des P.T.T., les décrets des 21 novembre 1901, 9 juin 1906, 2 février 1907. Sur ce point consulter CHASSAING, *Cours cité*, p. 210.

(30) Voir *infra*, n° 256.

(31) Dans cette hypothèse, elles ne comprennent pas d'agent d'un grade inférieur à celui dont elles connaissent le cas.

(32) Pour les agents d'E.D.F. et G.D.F., le statut national a prévu des commissions secondaires et une commission supérieure nationale. Il en est de même pour les mineurs.

de l'autorité hiérarchique avant le prononcé de toute sanction, autres que l'avertissement et le blâme, elles assurent une instruction contradictoire et complète de l'affaire et émettent un avis motivé. Cet avis ne s'impose pas à l'autorité hiérarchique, mais d'une part la motivation de l'avis constitue une indication utile pour l'autorité compétente et d'autre part, si la mesure prise est plus sévère que celle proposée, l'intéressé, après avis conforme de la commission a un recours devant le Conseil Supérieur de la Fonction Publique, autre organe paritaire (33). Le dit Conseil ne donne lui aussi, qu'un avis, mais dont on ne saurait négliger le « poids moral et politique ». De telle sorte que M. Chavanon considérerait qu'en fait, sinon en droit, l'intervention de la commission paritaire et du Conseil Supérieur correspondait à un double degré de juridiction (34). Le statut de 1959 ne semble pas avoir voulu déroger à cet état de choses.

Il faut signaler que la loi du 28 avril 1952 portant statut du personnel communal accorde à cette catégorie d'agents des garanties supplémentaires, par rapport à celles reconnues aux fonctionnaires de l'Etat (35). En effet, alors que la présidence de la commission administrative paritaire revient au chef de l'Administration ou des Services (c'est-à-dire à l'autorité ayant le pouvoir disciplinaire) qui en cas de partage à voix prépondérante, la présidence du conseil communal ou intercommunal de discipline est assurée par le juge du tribunal d'instance comprenant dans son ressort la commune qui emploie l'agent en cause, qui tire au sort les six membres du conseil (trois conseillers municipaux ou maires et trois représentants du personnel). Si le maire prononce une sanction plus sévère que celle proposée, l'intéressé peut saisir personnellement le Conseil de discipline départemental, présidé par le président du tribunal de grande instance comprenant dans son ressort le chef-lieu du département. Le Conseil départemental dont les membres sont également tirés au sort, statue à la majorité à la suite d'un vote à bulletins secrets. Le maire ne peut dans ce cas prononcer de sanctions plus sévères que celles prévues par l'avis ainsi émis. Il est à noter que l'article 41 de la loi parle du Conseil de discipline du premier degré et du Conseil de discipline d'appel. On se rapproche sensiblement du pouvoir disciplinaire juridictionnalisé auquel nous arrivons maintenant.

Dans certaines hypothèses en effet, le caractère juridictionnel s'inscrit, non seulement dans les faits, mais aussi dans le droit. L'autorité hiérarchique perd son pouvoir disciplinaire au béné-

(33) Sous l'empire du statut de 1946, ce recours était formé par la commission paritaire, sur requête du fonctionnaire intéressé.

(34) CHAVANON, cours cité, p. 154.

(35) F. MEJAN, « Statuts comparés des fonctionnaires de l'Etat et des personnels communaux », R.A. 1952, p. 249. Un décret du 19 octobre 1959 a modifié la loi du 28 avril 1952 concernant la procédure disciplinaire pour tenir compte de la réforme judiciaire (J.O. du 22 octobre).

fice d'un organe juridictionnel. En Allemagne, le « Deutsches Beamten-gesetz » du 26 janvier 1937 dont les dispositions ont été reprises par les Länder avait posé comme principe le pouvoir disciplinaire juridictionnalisé : les peines les moins graves étaient prononcées par mesure administrative sous réserve d'appel hiérarchique ; quant aux peines les plus graves, elles étaient prononcées par des chambres disciplinaires instituées près des tribunaux administratifs régionaux avec appel devant l'une des sections de la cour disciplinaire siégeant auprès du tribunal administratif du Reich. Ces chambres présidées par un magistrat, étaient composées de fonctionnaires du cadre supérieur nommés par le ministre de l'Intérieur.

En France, par contre, le pouvoir disciplinaire juridictionnalisé n'est qu'une exception. Il ne s'applique qu'à certains corps de fonctionnaires que l'on a voulu préserver de l'arbitraire et auquel on a voulu consacrer une certaine indépendance. Tel est le cas des magistrats du siège et du corps enseignant. Les magistrats du siège relevaient du point de vue disciplinaire en application de l'article 84 de la Constitution du 27 octobre 1946, du Conseil supérieur de la Magistrature au sein duquel les magistrats se trouvaient représentés. En application de l'article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958, le Conseil supérieur de la Magistrature statue toujours comme Conseil de discipline et il est alors présidé par le premier président de la Cour de cassation, mais la composition du Conseil a été radicalement modifiée. Les membres de l'enseignement public relèvent également d'organismes juridictionnels sur le plan disciplinaire : Conseil départemental pour l'enseignement primaire ; Conseil académique pour l'enseignement secondaire et Conseil d'université pour l'enseignement supérieur. Les décisions rendues par ces diverses juridictions au sein desquelles les enseignants se trouvent représentés, sont portées en appel devant le Conseil supérieur de l'Education nationale, dont les décisions relèvent, par la voie du recours en cassation (36) du Conseil d'Etat (37).

183. — S'agissant en troisième lieu, de la *procédure disciplinaire*, il faut signaler qu'en dépit du principe qu'il n'y a pas de formalités sans textes, les agents des personnes publiques, du moins les agents publics se sont trouvés progressivement garantis de l'arbitraire par l'obligation pour l'autorité hiérarchique de respecter certaines règles de procédure (38), même en dehors des

(36) Voir ROUVIÈRE, *Le Conseil d'Etat juridiction de cassation*. Th. Paris 1957, pp. 130 et suiv.

(37) Les pouvoirs que se reconnaît le Conseil d'Etat, juge de cassation des décisions disciplinaires juridictionnelles, de contrôler les faits se rapprochent nettement de ceux du juge du recours pour excès de pouvoir (JACQUEMART, *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*. Th. Lille 1956, pp. 254-255).

(38) Voir sur ce point PLANTEY, *op. cit.*, pp. 188 et suiv.

cas expressément prévus par des textes. La procédure disciplinaire a acquis une « allure juridictionnelle » même en dehors de la création de véritables juridictions disciplinaires, notamment en assurant la protection des droits de la défense. La règle de la communication préalable du dossier posée par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (39) s'inscrit dans le cadre de cette protection. Cette règle reçoit une très large application. Déjà les dispositions de la loi visant « tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes les administrations publiques » étaient très générales. La jurisprudence a été amenée à préciser la portée véritable de ces dispositions. Toutes les personnes qui sont liées au service par un « lien administratif » (40) bénéficient de la communication préalable du dossier, et pas seulement les fonctionnaires au sens strict (article 31 de l'ordonnance du 4 février 1959) (41). On peut dire que tous les agents publics, qu'ils soient ouvriers (42), stagiaires (43), temporaires (44) ou contractuels (45) entrent dans le champ d'application de l'article 65. Par ailleurs, la protection des droits de la défense a été considérée comme un des principes généraux du droit (46). C'est ainsi que le Conseil d'Etat a estimé que pour assurer une telle protection, une procédure contradictoire était nécessaire : « Considérant, qu'en vertu des principes généraux du droit, applicables même en l'absence de texte, une sanction ne peut être prononcée sans que l'intéressé ait été mis à même de présenter utilement sa défense » (47). C'est dans le même esprit que la jurisprudence considère que les garanties de la défense constituent des formalités substantielles dont la méconnaissance vicie la procédure (48).

184. — Enfin, le principe de la *légalité des peines disciplinaires* assure une garantie supplémentaire. Ce principe déjà ancien avait été repris par l'article 61 de la loi du 19 octobre 1946 qui établissait une liste limitative des peines disciplinaires (49) qui allait de l'avertissement à la révocation avec suspension des droits à

(39) P. COUTANT, « Une institution particulière du droit disciplinaire de la fonction publique : la communication du dossier ». R.A. 1955, p. 398.

(40) C.E., 29 juillet 1950, Blouin, *Rec.*, p. 485.

(41) C.E., 26 juin 1957, Katz et 3 juillet 1957, Pioro, R.D.P. 1957.1116.

(42) C.E., 23 mars 1955, Rousset, *Rec.*, p. 178.

(43) C.E., 29 octobre 1943, Dép. de la Seine, *Rec.*, p. 375.

(44) C.E., 24 février 1950, Commune de Fontgibaud, *Rec.*, p. 793.

(45) C.E., 2 février 1949, Dame Saint-Germain, *Rec.*, p. 741.

(46) LETOURNEUR, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », E.D.C.E. 1951, p. 25.

(47) C.E., 22 mai 1946, MAILLOU, S. 1946.352.

(48) C.E., 4 juin 1948, Villenave, *Rec.*, p. 595.

(49) Les articles 6 du décret du 22 juin 1946 et 4 du décret du 14 juin 1946 établissent pour les agents d'E.D.F., G.D.F. et les mineurs une échelle des peines sensiblement analogues. Des dispositions semblables se trouvent dans l'article 33 de la loi du 28 avril 1952.

pension (50). L'article 30 de l'ordonnance du 4 février 1959 a maintenu ce principe et a introduit deux nouvelles sanctions. Désormais, l'échelle des sanctions comporte 10 échelons, sans compter l'exclusion temporaire de fonctions qui peut désormais être prononcée comme sanction principale ou complémentaire.

A cet égard, on ne peut s'empêcher de souligner la brièveté des dispositions de l'ordonnance sur le chapitre de la discipline. L'ordonnance devait, en application de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, fixer les garanties fondamentales reconnues aux fonctionnaires. Or, à la lecture du texte de l'ordonnance, on constate que la seule garantie concernant la procédure disciplinaire, considérée comme fondamentale, est son caractère contradictoire, ce qui n'est d'ailleurs que l'application d'un principe général du droit. Or, c'est la loi qui, en 1946, avait précisé un certain nombre de points constitutifs de garanties pour les fonctionnaires (droit de présenter des observations écrites ou orales, citation de témoins, assistance d'un défenseur, demande d'enquête). Désormais, c'est un texte réglementaire qui a repris la plupart des dispositions précédemment contenues dans un texte législatif. Ainsi, les dispositions du nouveau statut relatives à la discipline apparaissent fortement imprégnées par le principe hiérarchique. D'une part, certaines garanties n'étant plus prévues que par un texte réglementaire pourront donc être plus facilement modifiées, voire supprimées, par le pouvoir exécutif (51), et d'autre part, le rôle des commissions administratives paritaires en tant que Conseils de discipline a été sensiblement réduit. Outre la suppression de l'« appel *a minima* » du Conseil de discipline devant le Conseil supérieur ainsi que de la saisine directe de celui-ci par la commission, il faut souligner que, désormais, le Conseil de discipline peut seulement « proposer » et non plus « décider », qu'en cas de poursuites pénales, la procédure disciplinaire pourra être suspendue jusqu'à l'intervention de la décision du tribunal judiciaire (51 *bis*). Mais si la loi fixe des limites au pouvoir disciplinaire quant à l'éventail des différentes sanctions possibles, du moins laisse-t-elle à ce pouvoir le libre choix entre les différentes peines à l'occasion de chaque cas concret. N'importe quelle peine est légalement justifiée, dès lors qu'elle figure sur la liste dressée par le statut législatif ou réglementaire et qu'il y a

(50) Une jurisprudence constante réaffirme le principe de la détermination légale des sanctions disciplinaires. C.E., 5 juillet 1957, dame AKNIN et 26 juin 1957, Dlle HATOUN, R.D.P., 1957, p. 1116.

(51) A cet égard, on peut signaler que la constitution de 1958 a consacré officiellement le pouvoir qu'a le gouvernement d'user de l'administration (art. 20). « L'effet de cette constitutionnalisation pourrait être moins un renforcement des pouvoirs du gouvernement sur l'administration, que l'affirmation du caractère politique de l'administration » (R. KOVAR et P. BLOCH. « Exécutif et législatif dans la Constitution de la V^e République », *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, Tübingen 1959).

(51 bis) La décision de suspendre les poursuites sera prise par l'autorité investie du pouvoir disciplinaire.

faute disciplinaire. Il y a donc sur ce point une grande différence entre le droit disciplinaire et le droit pénal.

Cependant, comme l'a fait remarquer M. Chavanon (52), en pratique la gravité de la mesure prise est « presque fatalement dosée selon la gravité de la faute ». Et s'il est vrai que la juridiction administrative n'apprécie pas en principe si la sanction est à la mesure de la faute (53), du moins le contrôle de la légalité de la mesure disciplinaire, le contrôle de son opportunité étant exclu (54), sera-t-il plus strict s'il y a disproportion très nette entre les deux et dès que la mesure prise est d'une certaine gravité.

L'ensemble de ces règles offre donc de sérieuses garanties aux agents des personnes publiques. Il faut cependant reconnaître qu'en l'absence de textes statutaires, les agents de droit privé apparaissent plus défavorisés que les agents publics, qui se trouvent soumis en principe à des textes législatifs ou réglementaires. Pour les agents privés des personnes publiques à l'égard desquelles le pouvoir disciplinaire n'est pas réglementé par des textes spéciaux, les problèmes posés par l'exercice d'un tel pouvoir sont identiques à ceux que nous allons rencontrer en examinant la discipline des agents des personnes privées (55).

§ 2. — La discipline des agents des personnes privées.

185. — L'entreprise pouvant être considérée comme une Administration, un service, le patron se voit reconnaître les pouvoirs, les compétences inhérents à la qualité de chef (56). De même que l'Administration, l'entreprise se fonde sur le principe hiérarchique (57), principe qui a également reçu certaines atténuations (58). En application de ce principe, le patron dispose normalement d'un pouvoir réglementaire et d'un pouvoir disciplinaire. Alors que l'on

(52) Cours cité, pp. 150 et suiv.

(53) C.E., 12 janvier 1938, Coulangeon, *Rec.*, p. 11; C.E., 11 juillet 1952, Dame Veuve Montluc, *Rec.*, p. 378.

(54) C.E., 7 février 1919, Cazade, *Rec.*, p. 135.

(55) En ce qui concerne les officiers, leur régime disciplinaire présente certaines particularités, dues au fait qu'avant d'être fonctionnaire, l'officier est un soldat. Si par l'organisation de sa carrière, l'officier est un fonctionnaire, par ses droits et obligations, il demeure avant tout un soldat. Etudiant la condition juridique de l'officier, M. P. WEIL oppose ainsi la carrière du fonctionnaire militaire à la discipline du soldat (voir P. WEIL, « L'Officier et le fonctionnaire », *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1956, p. 233 et Armée et fonction publique dans « Défense Nationale », Centre de science politique de l'Institut d'Etudes Juridiques de Nice, session de 1957, P.U.F., 1958, p. 183).

(56) Voir CHARLIER, article cité, *Mel. Mestre*. La question de la responsabilité éventuelle en cas de mauvaise gestion a fait l'objet de vives controverses à propos de l'affaire des établissements Brinon. Sur ce point, voir note LEVASSEUR, D. 1958, p. 24 s. Cass. Soc., 31 mai 1956.

(57) DESPAX, *L'Entreprise et le droit*. Th. Toulouse 1956, p. 276.

(58) *Ibid.*, p. 287.

croyait définitivement abandonnée la thèse selon laquelle la souveraineté patronale s'appuierait sur le droit de propriété du chef d'entreprise, un arrêt récent de la Cour de cassation ayant mis l'accent sur la conception patrimoniale de l'entreprise, semble méconnaître la conception institutionnelle (59). La Cour de cassation a, en effet, affirmé le droit de l'employeur, au nom de sa responsabilité patrimoniale, non plus de réorganiser et rationaliser l'entreprise comme on l'avait affirmé à plusieurs reprises, mais bien de ne pas la réorganiser et de la faire fonctionner dans des conditions défectueuses, sauf à la fermer ensuite pour ne plus perdre d'argent. M. Levasseur fait alors remarquer combien il apparaît difficile de parler de l'intérêt de l'entreprise « lorsqu'il s'agit de la faire entrer dans le néant ». Il faut espérer que la Cour de cassation en prenant cette attitude a été seulement inspirée par le souci de ne pas empiéter sur le terrain du législateur auquel incombe la mission de réorganiser la structure de l'entreprise et non par le désir de rejeter du droit social la notion d'entreprise, ce qui ne manquerait pas, comme le fait remarquer M. Levasseur, de laisser la porte ouverte aux aventures. Il est en effet difficile de contester que l'évolution du monde moderne conduit à la considération de l'entreprise en tant que « communauté de travail dont les divers éléments étroitement solidaires les uns des autres doivent tous contribuer à la réalisation du bien commun » (60).

Dans cette conception de l'entreprise, l'employeur est le chef naturel, mais exerce ses prérogatives à titre de fonction sociale. De telle sorte que les prérogatives de l'employeur exercées dans l'intérêt de l'œuvre commune sont limitées d'une part, par l'intérêt de la Nation et d'autre part, par l'intérêt des membres de l'entreprise. Comme le suggère M. Charlier, les pouvoirs du chef d'entreprise s'apparentent alors normalement à ceux reconnus au chef de service administratif auquel est reconnu le droit de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'Administration placée sous son autorité (61).

Le pouvoir disciplinaire, corollaire du pouvoir de direction (62), est considéré comme « inhérent à la qualité de chef d'entreprise » (63). Il paraît cependant difficile de rattacher l'exercice du pouvoir disciplinaire à la théorie contractuelle (64) alors que ce pouvoir s'exerce indépendamment de l'existence d'un contrat de

(59) Cass. Soc., 31 mai 1956, précité, et la note de M. LEVASSEUR. La Cour de cassation a repris la même solution dans un autre arrêt rendu également dans l'affaire des établissements Brinon. Voir Cass. Soc. 3 janvier 1958, D. 1958, p. 97.

(60) Note LEVASSEUR, précitée, D. 1958, 23.

(61) CHARLIER, article cité, *Mel. Mestre. C.E.*, 7 janvier 1936, Jamart, S. 1937.3.113, note RIVERO, LEGAL et BRETHER, *op. cit.*, p. 414.

(62) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 101.

(63) Cass. Soc., 19 février 1953 et 26 février 1953, D. 1953, p. 340.

(64) LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 230.

travail. Ainsi, en application de l'article 6 du décret du 19 octobre 1939, portant statut des personnels requis dans les établissements industriels et commerciaux et dans les établissements de l'Etat, le personnel requis travaillant dans un établissement privé se trouvait soumis à la discipline générale de l'établissement telle qu'elle était déterminée par le règlement intérieur (65). De même le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise s'applique aux affectés spéciaux et aux salariés dont le contrat de travail est nul, tant qu'ils sont occupés dans l'établissement. La Cour de cassation, après avoir longtemps expliqué le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise par le contrat (66), rattache à l'heure actuelle l'exercice de ce pouvoir à l'idée d'entreprise (67). Il est certain que ce pouvoir sera alors plus étendu que s'il avait pour fondement le contrat (68), mais en contrepartie, ce pouvoir s'exercera sous le contrôle du juge dès lors qu'il s'exerce dans le cadre institutionnel de l'entreprise (69).

186. — Bien que les idées développées par M. P.-H. Teitgen dans la sentence arbitrale qu'il a rendue le 5 janvier 1938 (70) ne soit pas le reflet exact du droit positif, il nous semble utile de les exposer ici, car elles nous paraissent refléter l'évolution que connaît le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise dont l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1945 a été un des traits marquants. M. Teitgen rejetait formellement toute conception patrimoniale du pouvoir disciplinaire : « Considérant que le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise n'est pas inclus dans son droit de propriété sur l'entreprise, la propriété d'un bien ne conférant pas à elle seule, hors le régime féodal, puissance sur les personnes qui y travaillent et y vivent. » De même, l'exercice du pouvoir disciplinaire se distingue des droits que le chef d'entreprise tire du contrat de travail : « Considérant que le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise ne se confond pas non plus avec l'exercice du droit individuel et subjectif qu'il possède, quand les conditions légales sont remplies, de sanctionner les manquements de ses employés à leurs obligations contractuelles par la mise en jeu des pénalités prévues au contrat ou des règles relatives à la résiliation du contrat de travail, faute de quoi — ce qui n'est admis ni en droit, ni en fait — le chef d'entreprise ne disposerait en dehors de son droit de résilier le contrat dans les conditions prévues par la loi, que des sanctions prévues au contrat, et ne disposerait d'au-

(65) De ce fait d'ailleurs, tout établissement occupant des requis était donc tenu d'établir un règlement intérieur.

(66) Cass. Soc. 19 mars 1942, D.S. 1945, p. 304. Note BRETHER DE LA GRESSAYE.

(67) Cass. Soc. 16 juin 1945, D.S. 1946, p. 427. Note DURAND.

(68) C'est sans doute pour cette raison que certains auteurs (p. ex. M. LYON-CAEN) restent attachés à la théorie contractuelle car elle leur permet de limiter les pouvoirs du chef d'entreprise.

(69) Voir *infra*.

(70) Cie Algérienne à Béziers c. Synd. des Employés. D.S. 1939.38.

tre part de ces sanctions qu'au cas où la faute de l'employé constituerait une faute contractuelle. » M. Teitgen rattachait alors normalement le pouvoir disciplinaire à l'idée de l'entreprise-institution de telle sorte que loin d'être discrétionnaire ce pouvoir serait limité par les exigences de l'intérêt général de l'entreprise : « Considérant que le pouvoir disciplinaire est en réalité l'une des prérogatives naturellement attachée à la fonction de chef de cette communauté institutionnelle qu'est l'entreprise ; considérant qu'actuellement le patron du seul fait qu'il est propriétaire de son entreprise a droit exclusif à la fonction de chef de l'entreprise, mais qu'il ne suffit pas de constater qu'il est le titulaire légitime de cette fonction (et par conséquent du pouvoir disciplinaire) en vertu de son droit de propriété, pour pouvoir conclure que son pouvoir disciplinaire est absolu et discrétionnaire, comme son droit de propriété, quand il n'est pas défini et limité par la Convention collective ou le contrat individuel de travail des salariés en cause ; qu'en effet, le droit de propriété du patron, s'il lui permet de prétendre à l'exercice du pouvoir disciplinaire ne détermine pas le contenu de ce pouvoir » ; rattaché à la qualité de chef d'entreprise, le contenu du pouvoir disciplinaire sera en effet fonction de l'intérêt général de l'entreprise : « Considérant que le pouvoir disciplinaire, prérogative naturellement attachée à la fonction de chef d'entreprise, a pour fondement l'intérêt général de l'entreprise et donc pour limites, en tout état de cause, celles des exigences de cet intérêt général ; qu'il doit, d'autre part, être exercé en conformité, non seulement des prescriptions légales ou réglementaires qui le concernent spécialement (loi du 5 février 1932) (71) et éventuellement des règles posées en ce domaine par la Convention collective des parties, mais aussi des principes généraux du droit. » M. Teitgen expose alors dans quelles conditions la théorie des principes généraux du droit s'applique au pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise : « Considérant... qu'une sanction disciplinaire n'est légale et valable qu'à condition, non seulement de ne pas violer les règles spéciales qu'édicte pour la matière, les lois, règlements du travail ou encore les Conventions collectives des parties, mais aussi, conformément aux principes généraux du droit :

« 1° D'avoir pour cause un acte pouvant être considéré comme une faute disciplinaire, sans quoi la sanction est illégale, à tout le moins pour défaut de cause juridique ;

« 2° D'avoir pour motif réel la nécessité de réprimer dans l'intérêt de l'entreprise la faute commise, sans quoi, la sanction est entachée de détournement de pouvoir ;

« 3° De ne pas être d'une sévérité hors de proportion avec la

(71) Relative aux sanctions pécuniaires.

gravité de cette faute, sans quoi la sanction est entachée d'excès de pouvoir. »

S'il est vrai que la sentence rendue par M. Teitgen s'appuie sur des considérations plus proches des désirs que des réalités, il ne nous semble pas pour autant qu'il soit légitime de reprocher à l'auteur d'avoir appliqué les notions d'absence de détournement de pouvoir et d'excès de pouvoir au domaine des relations du patron avec des salariés. Nous ne croyons pas qu'il existe des principes généraux du droit qui ne seraient que des « principes généraux d'une branche seulement du droit » à savoir : « le droit administratif qui régit les rapports entre individus et puissance publique » (72). Il nous semble au contraire qu'il existe un fonds commun de principes généraux valables pour l'ensemble du droit. Nous n'en voulons pour preuve qu'un arrêt du Conseil d'Etat du 20 janvier 1956 qui a fait application de la notion de détournement de procédure, variété de détournement de pouvoir, notion qui n'était jusqu'alors employée que dans le cadre du droit administratif, à des rapports d'employeur à salarié tous deux privés (73).

187. — Si de par leur objet, le droit public et le droit privé ne peuvent être identiques, cela n'exige pas pour autant que leur contenu soit toujours et à tous égards foncièrement différents. Il ne nous semble pas que les notions d'excès de pouvoir et de détournement de pouvoir soient inapplicables par nature aux rapports qui s'exercent dans le cadre de l'entreprise. Au sens large du terme (74), le chef d'entreprise dispose d'un certain pouvoir qu'il ne devrait exercer que dans l'intérêt général de l'entreprise (75). Car nous ne croyons pas non plus que l'idée « d'intérêt général de l'entreprise soit assez inattendue en droit privé » même si théoriquement « en régime capitaliste libéral (par opposition à un régime étatiste, socialiste ou collectiviste), cet intérêt s'identifie

(72) F.M. : « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », D.S. 1939, p. 86.

(73) C.E., 20 janvier 1956, Dame Palm, R.D.P. 1956, p. 569, note WALINE. Il s'agissait du contrôle de la légalité d'une décision d'un inspecteur du travail, à propos du licenciement d'une conseillère du travail par un patron. Déjà pour un arrêt du 11 juin 1948 (Sté Desmarais, Rec., p. 267), le Conseil d'Etat avait fait application à un cas analogue du principe « *audi alteram partem* » dont l'application était jusqu'alors caractéristique du droit administratif (qu'il s'agisse d'une sanction disciplinaire à l'égard d'un agent, ou d'une mesure à l'égard d'un administré) aucune décision privant une personne d'un avantage sensible ne peut être prise sans que l'intéressé n'ait été à même de présenter des observations. Dans le même sens, voir note WALINE, R.D.P. 1956, p. 334 et le principe « *audi alteram partem* », dans le *Livre jubilaire du Conseil d'Etat du Luxembourg*, 1957.

(74) Il n'y a aucune raison de ne concevoir de pouvoir qu'en matière administrative (*contra* note précitée D.S. 1939, p. 86).

(75) Nous ne méconnaissons pas à quel point l'arrêt déjà cité de la Cour de cassation du 31 mai 1956 a porté un coup sérieux à cette conception.

avec celui du chef d'entreprise lui-même, seul qualifié par conséquent, pour le discerner et le défendre sous réserve d'observer les lois en vigueur » (76). Car, comme l'ont bien mis en lumière MM. Legal et Brèthe (77) : « S'il est vrai que le chef commande pour son intérêt personnel puisqu'il a le droit de s'approprier seul le profit de l'entreprise sous le régime actuel de propriété individuelle, cependant, même, sous ce régime, il semble que l'entrepreneur ne se borne pas à faire fructifier ses capitaux, mais qu'il remplit aussi une fonction économique et sociale (78). Une fonction économique : il participe à la production des richesses, œuvre collective par ses résultats, qui ne peut être laissée entièrement à sa libre initiative ; une fonction sociale : il prend la responsabilité d'assurer la vie d'un certain nombre d'ouvriers et de leurs familles, par suite, l'intérêt de ses employés est lié au sien ; au-dessus de leurs intérêts respectifs qui, trop souvent s'affrontent égoïstement, apparaît l'intérêt commun, qui est la prospérité de l'entreprise dont vivent les uns et les autres. Il y a donc dans l'entreprise patronale et à un double titre une idée d'intérêt collectif comme dans l'institution : c'est l'idée de participer à la production de richesses, et, en même temps, par ce moyen, de fournir des ressources à un certain nombre d'hommes qui, patron ou ouvriers collaborent nécessairement à une œuvre commune, quelle que soit l'inégalité qui règne entre eux quant à la propriété de l'entreprise et à la répartition des profits qu'elle donne. Le chef, le patron dirige donc, non seulement en vue de son intérêt individuel, mais aussi dans l'intérêt commun ; tout en agissant par droit propre, c'est-à-dire en vertu de prérogatives dont il est détenteur à titre personnel et incommutable, il remplit une fonction sociale pour le bien de l'institution ; et, dans cette mesure, l'exercice de son autorité n'est plus, à le bien prendre, que l'exercice d'un pouvoir pour le compte du groupement dont il a la charge. »

188. — En droit positif, il faut constater tout d'abord que, comme tout pouvoir, le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise tend à s'organiser et à se limiter, mais la formation de ce droit n'en est qu'à ses débuts par rapport au droit disciplinaire auquel sont soumis les agents des personnes publiques. Comme le fait remarquer M. Durand (79), une pression constante des milieux ouvriers s'est exercée en vue de la création de garanties dans l'exercice de ce pouvoir dont les patrons sont particulièrement jaloux, car toute limitation qui y est apportée leur paraît entraîner un déclin de leur autorité. Cependant, en dépit de la rareté des

(76) Note précitée. D.S. 1939, p. 86.

(77) *Op. cit.*, pp. 65 et suiv.

(78) Rapport DURAND, « Les fonctions publiques de l'entreprise privée ». D.S. 1945, p. 246.

(79) DURAND, *op. cit.*, T. I., p. 440.

textes législatifs (80), le droit du travail fait peu à peu place à des éléments de réglementation de la répression qui visent tant les incriminations que les sanctions et leur procédure de mise en jeu. Nous allons constater que si des garanties sont accordées au salarié dans le cadre d'un « droit disciplinaire d'origine statutaire » pour reprendre l'expression de M. Durand, le salarié n'en est pas moins protégé contre l'arbitraire du patron dans le cadre du pouvoir disciplinaire non statutaire par le respect de certains principes dégagés par la doctrine et d'ores et déjà partiellement consacrés par la jurisprudence.

A. — LE DROIT DISCIPLINAIRE D'ORIGINE STATUTAIRE

Les *sources* de ce droit sont très diverses : Conventions collectives, règlement intérieur, contrats individuels, stipulations contenues dans les contrats de concession de services publics en faveur du personnel du concessionnaire.

189. — Les Conventions collectives contiennent fréquemment des dispositions relatives à l'exercice du pouvoir disciplinaire afin de protéger les salariés, dans la mesure du possible, de tout arbitraire. C'est cette considération qui explique très souvent que les conventions prévoient l'institution de Conseils de discipline. Si, dans le cadre des entreprises privées, pas plus que dans celui des administrations, l'avis émis par ce conseil ne lie l'autorité, dotée du pouvoir disciplinaire, du moins cette formalité permet-elle au salarié de présenter des observations. Celles-ci peuvent ne pas être prises en considération par le patron, mais pourront servir à éclairer (81) le tribunal éventuellement saisi d'une action en indemnisation pour rupture abusive du contrat de travail. La Convention collective liant la Fédération Nationale des organismes de Sécurité sociale et le personnel de ces organismes a prévu dans ses articles 46 et suivants, la consultation préalable à toute sanction d'un Conseil de discipline (82).

190. — S'agissant du règlement d'atelier, nous avons précédemment vu, que son objet ne visait pas essentiellement la détermina-

(80) La loi du 5 février 1932 (cf. *infra*) s'est bornée à aménager le régime des amendes contenues dans le règlement d'atelier et nous avons vu que le décret du 19 octobre 1939 relatif au statut des requis a seulement imposé au chef d'entreprise de faire figurer dans le règlement intérieur des peines disciplinaires.

(81) Elles permettront de prouver que c'est en connaissance de cause que le patron a pris la sanction.

(82) La jurisprudence est divisée sur le point de savoir si le juge judiciaire dispose alors d'un pouvoir de contrôle. (En ce sens Justice de Paix, Paris 5^e arr., 8 janvier 1953, G.P. 1953.II.23) ou en est démunie. (En ce sens, Justice de Paix, Villefranche-sur-Saône, 31 mars 1953, G.P. 1953.I.413). Sur le fonctionnement d'un conseil de discipline institué par un règlement paritaire du travail en agriculture. Voir Cass. Soc. 19 mars 1953, D.S. 1953, p. 415.

tion des règles de discipline (83) ; du moins cette détermination n'en est-elle pas moins importante au moyen de ce procédé. Ainsi, s'agissant de la discipline à laquelle étaient soumis les requis et les affectés spéciaux, le règlement d'atelier déterminait-il selon la loi (84), les règles applicables. Rappelons que c'est à la partie disciplinaire que MM. Legal et Brèthe reconnaissaient le caractère réglementaire (85). Les dispositions relatives à la discipline, même si elles sont à l'heure actuelle déterminées après avis des représentants des ouvriers, ce qui illustre bien la volonté de prendre en considération l'intérêt de la communauté de travail, relèvent du pouvoir normalement reconnu à l'organe principal de l'entreprise-institution : le patron. C'est à lui qu'il appartient, par voie d'autorité, de prendre toutes les mesures destinées à assurer le bon ordre dans l'atelier (86).

C'est l'intérêt général qui a dicté l'intervention du législateur qui réglemente les conditions dans lesquelles le règlement d'atelier peut instituer des amendes à titre de sanction disciplinaire (87).

Il en résulte qu'à l'heure actuelle, les amendes ne peuvent être prononcées qu'en application du règlement intérieur. Elles ne peuvent d'ailleurs être prévues par ce règlement que sur autorisation de l'inspecteur divisionnaire du travail, donnée après avis des organisations patronales et ouvrières intéressées (88). Elles ne peuvent sanctionner que les manquements à la discipline, à l'hygiène et à la sécurité, à l'exclusion notamment des fautes techniques. Leur taux est fixé par le règlement, mais il est prévu que leur montant total ne peut excéder chaque jour, pour un travailleur, le quart de son salaire journalier. Enfin, outre l'inscription des amendes sur un registre tenu à la disposition de l'inspecteur du travail, il faut signaler que leur produit n'est pas versé à l'employeur, mais à une caisse de secours du personnel, de telle sorte que l'amende ne peut plus apparaître comme une clause pénale d'origine contractuelle (89).

(83) Voir *supra*, n° 174.

(84) Voir décret du 19 octobre 1939 et du 20 mai 1940. De même arrêté du 19 septembre 1942.

(85) Alors qu'à notre avis, ce caractère doit s'étendre à l'ensemble du règlement. Voir *supra*, n° 175.

(86) C'est parce qu'ils considéraient que l'exercice d'un pouvoir réglementaire suppose une « autorité », que M. LEGAL et BRETHE niaient le caractère réglementaire de certaines dispositions du règlement d'atelier, car il s'agissait de règles touchant des points au sujet desquels les intérêts du patron et de l'ouvrier (paiement des salaires, rupture du contrat de travail, durée du délai de congé) étant contradictoires, il n'appartenait pas théoriquement au patron de trancher, seul, par voie d'autorité.

(87) Article 22 « b », L. 1er, C.T. (loi du 5 février 1932).

(88) Ce double contrôle n'est d'ailleurs pas spécial aux dispositions relatives aux amendes puisqu'il s'exerce sur l'ensemble du règlement d'atelier.

(89) Voir sur ce point, RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 104.

191. — Les contrats individuels de travail peuvent évidemment comporter des dispositions relatives à la discipline. Par ailleurs, dans le cadre de la concession de service public, très souvent, à défaut d'édicter lui-même des dispositions relatives au statut du personnel, le contrat de concession prévoit qu'un statut accordant telle ou telle catégorie d'avantages ou de garanties, sera élaboré et soumis à l'approbation de l'autorité concédante.

192. — Les différentes sources de réglementation du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise donnent parfois une définition élaborée de la *faute* disciplinaire, mais dans d'autres cas, elles se borneront à prévoir la répression des fautes graves, se contentant ainsi d'une formule très générale.

Quels sont les pouvoirs du juge en présence d'une détermination statutaire de la faute disciplinaire ? (90). Le juge contrôlera en premier lieu la validité de la règle dont la violation constitue la faute disciplinaire. En second lieu, le contrôle portera, comme dans le cas de la discipline exercée sur les agents des personnes publiques, sur la matérialité des faits. Enfin, il appartient au juge, non pas d'apprécier l'opportunité des mesures prises, mais de contrôler l'existence de la faute. Si une définition précise est donnée par le statut, le juge vérifiera seulement la qualification donnée par le patron des actes litigieux. Si le statut vise les fautes graves ou ne fournit aucun élément permettant de déterminer l'existence d'une faute, on doit considérer que le juge dispose d'un large pouvoir, qui lui permet de définir la faute en s'inspirant du contenu du contrat, des usages de la profession, du bien commun de l'entreprise.

Ainsi, sur le plan de l'incrimination, le salarié se trouve protégé de l'arbitraire grâce au contrôle des tribunaux.

193. — *L'autorité* chargée de prendre une décision est toujours le patron. Le pouvoir disciplinaire s'exerçant sur le salarié privé n'est donc jamais « juridictionnalisé » (91), mais toujours « hiérarchisé ». Cependant, comme pour les agents des personnes publiques, il faut signaler que dans certains cas, les pouvoirs du patron sont tempérés par l'avis donné par un Conseil de discipline. S'agissant des représentants du personnel, il existe des garanties renforcées pour assurer leur indépendance vis-à-vis de l'employeur

(90) DURAND, *op. cit.*, T. I., p. 440. Note sous Cass. soc. 17 novembre 1938, D.S. 1939, p. 340.

(91) Il ne semble pas possible de considérer les conseils de discipline institués dans les entreprises privées comme de véritables juridictions, car ils ne font qu'émettre un avis (cf. *contra*, HEBRAUD, D.S. 1949, p. 188).

La jurisprudence est divisée sur le point de savoir si les conseils de discipline prévus par la convention collective du personnel de la Sécurité sociale, disposent d'un pouvoir de décision. Dans ce sens, voir Cour d'Aix, 20 novembre 1951. D.O. 1954, p. 157 ; *contra* Trib. civ. Seine, 22 juillet 1953, deux espèces. D.O. 1953, 506 et 510 (voir BRUN et GALLAND, *op. cit.*, III-97, p. 781).

et les mettre à l'abri des licenciements arbitraires. L'article 22 de l'ordonnance du 22 février 1945 relative aux comités d'entreprise et l'article 16 de la loi du 16 avril 1945 relative aux délégués ouvriers posent une règle identique applicable tant aux représentants titulaires qu'aux suppléants : leur licenciement, c'est-à-dire l'exercice à leur égard, par le patron, du droit unilatéral de résiliation que lui reconnaît l'article 23 L. 1^{er} du Code du travail doit être soumis à l'assentiment du Comité d'entreprise. En cas d'opposition du comité à cette mesure, le litige est porté devant l'inspecteur du travail qui doit donner l'autorisation de procéder au licenciement (92).

Le congédiement d'un représentant du personnel décidé sans l'accord du Comité d'entreprise ou de l'inspecteur du travail étant frappé de nullité (93), on peut en conclure, que si la décision émane bien du chef d'entreprise, elle ne peut pas être considérée comme résultant d'un pouvoir lui appartenant en propre, puisque d'autres autorités ou organes participent à son élaboration et y jouent un rôle prépondérant.

194. — Même dans le cadre du pouvoir disciplinaire d'origine statutaire, la *procédure* suivie est des plus sommaires. Le patronat tient à sa liberté en matière disciplinaire et les tribunaux laissent cette liberté entière, en l'absence de dispositions contraires du statut. Toutefois, lorsque des formalités sont prévues par le statut, s'agissant notamment de la consultation d'un Conseil de discipline, l'employeur doit les respecter à peine d'annulation de la mesure disciplinaire (94).

195. — Quelles sont enfin les *sanctions* qui sont généralement prévues par le droit disciplinaire statutaire ? (95). Nous allons constater que la plupart d'entre elles ne sont pas propres au droit disciplinaire des salariés privés. Il existe tout d'abord comme pour les agents des personnes publiques, des peines *morales* (96) : l'avertissement, la réprimande, le blâme qui peut ou non être porté au dossier de l'intéressé. Si l'on s'élève dans l'échelle des peines, nous trouvons des peines *pécuniaires*, la perte des droits

(92) Cette décision pouvant faire l'objet d'un recours hiérarchique devant le ministre du Travail et d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif. L'ordonnance n° 59-81 du 7 janvier 1959 a encore renforcé la protection des membres des comités d'entreprise et des délégués du personnel. Voir chroniques P. SORNAY, D. 1959, p. 55 et CAMERLYNCK, J.C.P. 1959.I.1482.

(93) Cass. soc., 3 juin 1948, J.C.P. 1948.II.4462.

(94) Cass. civ., 20 juin 1934, S. 1935.1.15. Sur le respect de la procédure disciplinaire prévue par une convention collective, v. Cass. Soc. 30 janvier 1959, D.S. 1959, p. 347.

(95) Voir LEGAL et BRETHER, *op. cit.*, pp. 184 et suiv. ; DURAND, *op. cit.*, T. I., pp. 441 et suiv.

(96) Auxquelles la publicité peut donner un caractère déshonorant, d'où la mise en jeu éventuelle de la responsabilité de l'employeur.

patrimoniaux, tels que la privation du droit à une pension de retraite ou le refus d'admission à la retraite (97) que l'on peut rapprocher de la révocation avec suspension des droits à pension, qui peut frapper les agents publics (98), la confiscation d'un objet introduit dans l'établissement en contradiction avec l'ordre de l'employeur et enfin, l'amende (99). Une troisième catégorie de sanctions existe : les sanctions *professionnelles* : le déplacement et la mise à pied qui consiste dans une exclusion temporaire du salarié, les rapports du travail n'étant pas rompus mais provisoirement suspendus, correspondent au déplacement d'office, à l'exclusion temporaire de fonctions, à la suspension et à la mise à pied que l'on rencontre dans le droit disciplinaire des agents publics. D'autre part, un salarié privé peut être l'objet d'un retard dans l'avancement ou d'une rétrogradation au même titre qu'un agent public. Enfin, le congédiement d'un salarié correspond à la révocation d'un agent public.

Le contrôle des tribunaux judiciaires sur la sanction infligée sont aussi restreints que ceux des tribunaux administratifs dans le même domaine. Les tribunaux se bornent à vérifier si l'employeur a bien appliqué une sanction prévue par le statut. Mais si la sanction est fondée, le juge ne peut l'atténuer. Selon la Cour de cassation, « l'employeur est seul juge de savoir si l'intérêt de la discipline exigeait que la sanction fut appliquée » (100), au même titre que « l'appréciation faite sur ce point (la sévérité de la sanction), par l'Administration n'est pas de nature à être discutée devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux, auquel il n'appartient pas d'apprécier l'opportunité de mesures disciplinaires régulièrement prises par l'autorité compétente dans l'intérêt du service » (101).

Par contre, s'agissant de l'exercice du droit disciplinaire non statutaire, les pouvoirs de contrôle des tribunaux judiciaires seront plus étendus.

B. — LE DROIT DISCIPLINAIRE NON STATUTAIRE.

196. — Même lorsqu'il n'est pas limité par des dispositions statutaires, le chef d'entreprise ne dispose pas d'une liberté illimitée dans l'exercice du pouvoir disciplinaire.

Un certain nombre de limitations ont été apportées par la doc-

(97) Sous réserve de la législation sociale sur l'assurance vieillesse.

(98) L'article 58 de la loi du 14 avril 1924 a même prévu la possibilité d'une révocation avec déchéance des droits à pension.

(99) Par contre les amendes sont totalement prohibées dans les territoires d'outre-mer. Voir GONIDEC et KIRSCH, *op. cit.*, p. 123.

(100) Cass. civ. 11 mars 1935, S. 1936.I.131, et Cass. soc., 17 novembre 1938, D.S. 1939, p. 340, et note DURAND. Voir également BRETHER DE LA GRESSAYE, « La discipline dans les entreprises, les syndicats et les professions organisées », *Archives de philosophie du droit*, 1953-54, p. 86.

(101) C.E., 7 février 1919, Cazade, *Rec.*, p. 134.

trine qui s'est inspirée de principes généraux du droit, principes qui ne sont pas propres au droit public, car tout ensemble de règles repose sur des principes (102).

197. — C'est ainsi que l'on peut considérer comme admises sans contestation les deux règles suivantes (103) : d'une part, le pouvoir disciplinaire est limité dans son but. Son exercice doit tendre uniquement au maintien de l'ordre dans l'entreprise et ne peut donc viser que les actes d'un salarié qui troubleraient la bonne marche de l'entreprise. D'autre part, l'exercice du pouvoir disciplinaire par l'employeur suppose l'existence d'une faute à la charge du salarié. N'importe quel acte commis par un salarié ne peut donc servir de prétexte.

198. — En revanche, deux autres principes ont longtemps été sujets à discussion : une controverse s'est tout d'abord engagée sur la nature des sanctions qui pouvaient être appliquées en l'absence de statut. La possibilité d'infliger des sanctions morales, telles que l'avertissement, le blâme, la réprimande n'est pas contestée. S'agissant des peines pécuniaires, la loi de 1932 est venue trancher le problème, car c'est précisément dans ce domaine que les abus étaient les plus choquants : en l'absence de dispositions en ce sens, dans le règlement d'atelier, le patron ne peut infliger d'amendes. Les divergences subsistent en matière de sanctions professionnelles. Le congédiement est certes possible, légitimé soit par le droit de résiliation unilatérale reconnu par l'article 1780 du Code civil, soit par le droit de résiliation pour inexécution des obligations contractuelles reconnues par l'article 1184. De même, on doit admettre que le déplacement ou la rétrogradation sont légitimés par le droit de résiliation, car ce sont des sanctions moins graves que la cessation des relations de travail.

199. — Aussi longtemps que la jurisprudence adopta une conception contractuelle du droit disciplinaire, elle se refusait à reconnaître la légitimité de la mise à pied comme sanction disciplinaire en l'absence de disposition du statut en ce sens (104). Cette attitude était difficilement admissible car on ne voyait pas pour quelles raisons certaines sanctions disciplinaires, telles que l'avertissement et le blâme étaient admises indépendamment de toute idée de contrat, alors que d'autres sanctions, telles que la mise à pied, devaient reposer sur une base contractuelle. Par ailleurs, le fondement contractuel devait être exclu du domaine du pouvoir disciplinaire.

(102) Voir BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif ». *Mélanges Ripert*, 1950, p. 51.

(103) Voir DURAND, *op. cit.*, T. I, pp. 445 et suiv.

(104) Cass. soc., 19 mars 1942, D.S. 1945, p. 304, note de M. BRETHE précitée.

200. — C'est donc à juste titre, qu'abandonnant l'idée contractuelle la Cour de cassation a finalement reconnu que la mise à pied constituait l'exercice d'un pouvoir disciplinaire inhérent à la qualité de l'employeur (105). En même temps la Cour posait le principe du contrôle de l'autorité judiciaire (106).

Cependant, l'étendue de ce pouvoir de contrôle n'est pas déterminée du seul fait que l'on en reconnaît l'existence, car cette question est liée au principe de la proportionnalité de la sanction à la faute que la jurisprudence judiciaire a quelque mal à admettre, alors que ce principe incontesté en droit pénal devrait être également admis en droit disciplinaire, comme le soutient une grande partie de la doctrine (107). Cette position fut d'ailleurs adoptée par la jurisprudence de la Cour supérieure d'arbitrage (108) et semble admise par certains juges du fond qui ont tendance à allouer des dommages-intérêts s'ils estiment que la faute commise par l'ouvrier n'est pas assez grave pour justifier un congédiement. La jurisprudence de la Cour de cassation est cependant plus restrictive, bien qu'elle ait subi une certaine évolution.

201. — S'agissant du congédiement sans préavis, la Cour de cassation estime que les juges du fond doivent rechercher si la faute était d'une gravité telle que l'employeur était en droit de supprimer le délai-congé, et elle affirme de plus en plus nettement son pouvoir de contrôle sur les qualifications relatives à la gravité de la faute (109). Mais en ce qui concerne le congédiement lui-même, il semble qu'en principe la Cour de cassation se refuse à apprécier la proportionnalité de la faute et à sanctionner comme abus de droit, un congédiement prononcé pour des raisons insuffisamment graves (110). Ce n'est que très rarement que la Cour de cassation se départit de sa rigueur pour admettre par exemple un abus de droit en cas de congédiement d'un vieil ouvrier pour un léger retard dans le travail (111).

202. — Par contre en ce qui concerne l'exercice du pouvoir disciplinaire au moyen de la mise à pied, la Cour de cassation ne s'est pas contentée d'affirmer le principe du contrôle de l'autorité judiciaire (112), et elle organise et sanctionne ce contrôle (113). « Attendu que si l'employeur a, en vertu de son pouvoir discipli-

(105) En ce sens LEVASSEUR, D.S. 1951, p. 255.

(106) Cass. soc., 16 juin 1945, précité.

(107) DURAND, *op. cit.*, T. I., p. 448 ; BRETHER et LEGAL, *op. cit.*, p. 490, et note sous Trib. Civ. Seine 19 février 1957, J.C.P. 1957.II.10.260.

(108) Sentence de M. P.-H. TEITGEN, précitée.

(109) Cass. civ., 30 janvier 1935, S. 1936.I.182.

(110) Cass. civ., 17 février 1903, S. 1903.I.405.

(111) Voir DURAND, *op. cit.*, T. I., p. 448 et jurisprudence citée.

(112) Cass. soc., 16 juin 1945, précité.

(113) Cass. soc., 15 juillet 1953. D.S. 1954, p. 34 et note LEVASSEUR. D.S. 1954, p. 285.

naire, la faculté de mettre à pied un salarié, il appartient au juge du fond d'apprécier si le grief allégué est suffisant pour justifier la sanction prise. »

Certes, dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir disciplinaire non statutaire, on ne peut pas parler de procédure disciplinaire, bien que parfois la comparaison d'un salarié coupable devant le chef d'entreprise constitue un rudiment de procédure. Par ailleurs, on peut se demander dans quelle mesure il n'appartient pas aux délégués du personnel qui peuvent présenter à la direction des réclamations du personnel qu'elles soient individuelles ou collectives, relatives au régime du travail dans l'entreprise, d'intervenir à propos d'un renvoi injustifié, et de façon générale à propos de toute mesure disciplinaire qui leur apparaîtrait mal fondée (114).

Nous avons ainsi pu constater que s'agissant des agents des personnes publiques comme des agents des personnes privées, le jeu combiné des dispositions statutaires et les règles élaborées par la jurisprudence permettrait d'assurer une protection analogue contre l'exercice arbitraire d'un pouvoir disciplinaire qui présente la même nature qu'il soit exercé par une personne publique, ou une personne privée.

203. — Il faut toutefois signaler une différence entre les deux catégories de préposés s'agissant du régime disciplinaire auquel ils sont soumis. Alors qu'en cas d'annulation par le juge administratif d'une sanction disciplinaire prononcée contre un agent public, la collectivité publique est tenue de procéder à la réintégration de l'agent (115), la juridiction civile lorsqu'elle exerce un contrôle sur le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, se refuse à ordonner la réintégration et se borne à prononcer une condamnation à des dommages et intérêts (116). Les juridictions arbitrales par contre n'ont pas craint d'ordonner la réintégration (117).

Il semble que c'est à tort que la Cour de cassation craigne que la réintégration n'affaiblisse l'autorité patronale et que le maintien forcé d'un salarié congédié troublerait les relations du travail dans l'établissement. En effet, la réintégration doit être considérée comme la seule mesure qui permette de réparer pleinement le congédiement abusif. D'ailleurs le problème de l'affaiblis-

(114) En ce sens, voir LEGAL et BRETHER, *op. cit.*, p. 416.

(115) C.E., 27 mai 1949, Veron-Reville, D. 1950, 795.

(116) Cass. soc., 14 mai 1940, *Quest. Prud'hom.* 1944, p. 4. Cass. soc., 23 mars 1953, D.S. 1953, p. 415. Même s'agissant de la nullité du congédiement d'un représentant du personnel décidé sans l'accord du comité d'entreprise ou de l'inspecteur du travail, la jurisprudence fait application du principe général selon lequel les obligations de faire se résolvent en dommages et intérêts en cas d'inexécution de l'obligation de réintégration (Cass. soc., 27 novembre 1952, D.S. 1953, p. 101.)

(117) C.S.A., 16 mai 1938. Sieur Costa et 23 mai 1938. Soc. ind. Louvres, D.S. 1938, pp. 247 et 261.

sement de l'autorité patronale ne se pose pour ainsi dire pas dans les grands établissements « qui fonctionnent à la façon d'une véritable administration et où il n'existe pas de rapports personnels entre le chef d'entreprise et ses salariés » (118).

Aussi la doctrine approuve-t-elle la solution adoptée par les juridictions arbitrales.

SECTION II

L'EXERCICE DES LIBERTÉS PUBLIQUES

Il n'est pas dans notre intention de nous livrer à l'examen de l'exercice des différentes libertés publiques reconnues aux individus, car cet examen n'entre pas dans le domaine de notre étude. Nous entendons seulement examiner les problèmes soulevés par l'exercice de certaines d'entre elles par les membres de l'entreprise-institution ou de l'institution administrative et les comparer dans ces deux sphères d'activités.

§ 1. — Les libertés individuelles.

204. — Parmi celles-ci, la liberté d'opinion et de conscience est celle qui a posé de sérieuses difficultés, bien qu'au départ la situation apparaisse clairement définie par les textes. L'article 10 de la Déclaration des droits de 1789, à laquelle les constituants de 1946 ont affirmé leur attachement (119) stipulait que : « Nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. » Quant à l'article 2, il était ainsi libellé : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits le plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. » Des limitations légales étaient prévues, mais elles devaient s'appliquer indistinctement à tous les citoyens. Ce n'est que par la suite que l'on a essayé de restreindre la liberté d'opinion au détriment des agents publics (120). Bien qu'une telle

(118) DURAND, *op. cit.*, T. I, p. 454.

(119) Notons que le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 se borne à rappeler l'attachement du peuple français aux droits de l'homme « tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 confirmée par le préambule de la Constitution de 1946 ». L'article 2 de la Constitution déclare que la France « respecte toutes les croyances ».

(120) Sur ce point, voir les thèses récentes de FOURRIER, *La Liberté d'opinion du fonctionnaire : essai de droit public*. Th. Paris 1955, et de BOURDONCLE : *Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français*. Th. Lyon 1956. Voir également les articles de MM. MORANGE sur « La liberté d'opinion du fonctionnaire public ». D. 1954, p. 153. LELONG : « Trois attitudes du fonctionnaire en face de l'activité politique ». R.A. 1954, p. 486, et LIET-VEAUX : « Du loyalisme des fonctionnaires ». R.A. 1954, p. 393 - les conclusions LAURENT sous C.E., 1^{er} octobre 1954, Guille, R.A. 1954, 512. LETOURNEUR sous C.E., 28 mai 1954, Barel, R.P.D.A., 1954, p. 149, et les notes sous cet arrêt de MM. EISENMANN, à la R.P.D.A., WALINE à la R.D.P. 1954, p. 509, MATHIOT, au Sirey 1954.3.97, MORANGE au Dalloz 1954, p. 594.

discrimination ne figurât pas dans les textes on voulut considérer les fonctionnaires comme des citoyens spéciaux frappés d'une véritable *capitis deminutio* (121) alors que par ailleurs, on faisait valoir que « la qualité de salarié de l'Etat ne saurait annihiler celle de citoyen libre » (122).

205. — On soutenait que la restriction apportée à l'exercice de la liberté d'opinion pour les fonctionnaires se justifiait pour « maintenir l'ordre et la cohésion nécessaire à la bonne marche des services publics ». Comme l'a souligné M. Bourdoncle, le problème de la liberté d'opinion des fonctionnaires peut donner naissance à deux ordres de conflits : la politique du Gouvernement peut menacer les agents et par ailleurs la politique des fonctionnaires peut menacer le Gouvernement (123). Ce problème, qui met en jeu des principes qui peuvent paraître opposés, tel que celui de la continuité et du bon fonctionnement des services publics et celui du droit des fonctionnaires, citoyens comme les autres, de bénéficier des libertés reconnues à l'ensemble des citoyens, conditionne l'ensemble de la condition juridique des agents des personnes publiques, qu'il s'agisse de leur recrutement, de la stabilité de leur emploi, de la discipline à laquelle ils sont soumis, des avantages de carrière dont ils peuvent bénéficier (124). En droit positif, il faut faire une double distinction, d'une part en considération des emplois tenus et d'autre part en considération du lieu d'exercice de la liberté d'opinion, son étendue étant différente selon qu'elle se situe dans le service ou hors du service.

Il faut cependant signaler qu'encore à l'heure actuelle (125), aucun texte ne fait une discrimination entre différentes catégories de citoyens quant à l'exercice de la liberté d'opinion, ni même de distinction expresse sur ce point parmi les fonctionnaires.

206. — L'article 16 de la loi du 19 octobre 1946, repris par l'article 13 de l'ordonnance du 4 février 1959, qui déclare que « ne pourra figurer au dossier du fonctionnaire aucune mention faisant état des opinions politiques, philosophiques ou religieuses

(121) BONNARD. *De la Répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*. Th. Bordeaux 1903, p. 38.

(122) Extrait de la plaidoirie de M^e THIBAUT, avocat chargé en 1907 de défendre trois postiers révoqués. Cette considération devait lui permettre de prédire qu'un jour viendrait où il n'y aurait plus de droit spécial pour les fonctionnaires, mais un droit commun pour tous les salariés, fonctionnaires ou non (cité par FOURRIER, *op. cit.*, p. 261).

(123) BOURDONCLE, *op. cit.*, p. 4.

(124) BOURDONCLE, *ibid.*, pp. 22-23.

(125) Au contraire la loi du 14 octobre 1941 mettait à la charge des fonctionnaires des « devoirs spéciaux » réduisant à sa plus simple expression l'exercice de la liberté d'opinion, tant dans le service que dans la vie privée. Même le libre exercice des cultes reconnu aux fonctionnaires ne doit pas faire oublier les dispositions racistes du statut défini par la loi.

de l'intéressé », n'est que la transcription pour les fonctionnaires du principe posé par l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel : « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions, ou de ses croyances » (126).

207. — C'est la doctrine, s'appuyant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat qui a posé les principes régissant l'exercice de la liberté d'opinion pour les agents des personnes publiques (127). La première distinction à laquelle il faut s'arrêter est celle qui se fonde sur l'emploi tenu pour le compte d'une personne publique (128).

Comme l'ont fait remarquer certains auteurs (129), dans l'Etat libéral on pouvait considérer qu'en plus de ses attributions techniques, le fonctionnaire était le mandataire d'une certaine politique. Par contre, dans un Etat interventionniste, où se multiplient les services industriels et commerciaux, les agents sont en majorité avant tout des techniciens dont l'autorité repose davantage sur leur valeur professionnelle que sur leur attitude à l'égard du Gouvernement.

Ainsi, s'agissant de la majeure partie des agents privés des personnes publiques, aucune restriction dans l'exercice de leur liberté d'opinion ne se justifie (130). Parmi les autres agents au service de personnes publiques, il faut faire une place à part à ceux qui sont étroitement associés à l'action gouvernementale (131), car c'est à leur égard que pourra être invoquée, à juste titre, la nécessité d'assurer la cohésion de cette action gouvernementale. Nous avons vu précédemment qu'il existait un certain nombre d'emplois considérés comme essentiels au bon fonctionnement de l'activité gouvernementale et à l'égard desquels le Gouvernement dispose légalement d'un pouvoir discrétionnaire (132) de nomination et de révocation. On peut estimer que le Gouvernement doit pouvoir avoir pleine confiance dans ces agents, sinon son action

(126) L'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 assure la liberté de conscience.

(127) WALINE, « La liberté politique des fonctionnaires », R.A. 1958, p. 5. CARCELLE et MAS, « Les principes généraux du droit applicables à la fonction publique », R.A. 1958, p. 606.

(128) Voir VEDEL, Cours cité 1953-54, pp. 908 et suiv.

(129) BONNARD, note au Sirey, 1932.4.I., sous Trib. sup. Monaco, 13 avril 1931, Chahaut et BOURDONCLE, *op. cit.*, p. 82.

(130) Pour une conception restrictive de la liberté d'opinion des fonctionnaires, voir cependant R. BOISVIEUX, « Quelques aspects de la déontologie des fonctionnaires de l'Etat français en matière de coopération technique bilatérale », R.A. 1959, p. 249.

(131) Voir *supra*, n° 35.

(132) C.E., 13 mars 1953, Teissier, concl. DONNEDIEU DE VABRES, D. 1953, 735. La même idée vient d'être défendue à propos des membres du conseil d'administration d'E.D.F. représentant le personnel (voir concl. HEUMANN dans C.E., 12 février 1958, Le Brun et Pasquier, D.S. 1958, p. 265).

risquerait d'être paralysée. De telle sorte qu'il est amené à tenir compte des opinions des intéressés et au premier chef de leurs opinions politiques. Une telle attitude est admise par le Conseil d'Etat. C'est ainsi que dans l'arrêt Teissier, le commissaire du Gouvernement Donnedieu de Vabres a admis que « le motif politique pris en considération pour la nomination ou la cessation des fonctions d'un préfet ou d'un directeur d'administration centrale n'est point un motif illégal ». On a donc pu dire que de tels agents sont tenus à un véritable conformisme, à l'égard du Gouvernement (133). Il reste alors à envisager le cas de l'ensemble des autres agents des personnes publiques qui remplissent les tâches administratives courantes nécessaires à l'application générale de la politique du Gouvernement et notamment à l'exécution des lois (134).

Il faut distinguer deux hypothèses : l'agent est en service — l'agent est en dehors de ses fonctions.

A. — LA LIBERTÉ D'OPINION ET L'EXERCICE DES FONCTIONS.

208. — C'est dans le service, que l'exercice de la liberté d'opinion pour l'agent pose de graves problèmes. Il faut tout d'abord prendre en considération le principe de l'égalité des usagers devant le service public, principe qui exige la neutralité du service et donc l'impartialité de ses agents. Mais il s'agit là tout autant d'une limitation de la libre expression des opinions du fonctionnaire, que d'un des principes directeurs du fonctionnement des services publics. D'autre part, le devoir d'obéissance, impose à l'agent de se conformer aux ordres de ses supérieurs, aux lois et règlements et aux principes reconnus, de telle sorte qu'il ne lui serait pas possible « de jouir d'une complète liberté de parole et d'écriture, sinon de pensée » (135). Mais à cette constatation de nature à priver l'agent de l'exercice de certaines libertés publiques, il y a lieu d'ajouter que le contenu du devoir d'obéissance est variable suivant l'emploi tenu et que bon nombre de tâches administratives peuvent être accomplies indépendamment de toute opinion politique. Par ailleurs, dans bien des cas, l'agent d'une personne publique se trouve dans la même situation et sujet aux mêmes scrupules de conscience qu'un salarié privé. En effet, le fait d'entrer au service d'une personne privée doit entraîner comme conséquence l'obligation de participer aux différentes tâches de l'entreprise indépendamment de toute opinion politique. L'ouvrier aux tendances pacifistes n'a aucun droit de s'opposer à la fabrication d'armes de

(133) BOURDONCLE, *op. cit.*, p. 83. Il en est de même pour les magistrats, Voir article 10 de l'ordonnance du 22 décembre 1958.

(134) VEDEL, *Droit administratif* 1958, T. I, pp. 9 et suiv.

(135) CHAVANON, Cours cité, p. 158.

guerre par l'entreprise dans laquelle il est volontairement entré. De même que l'on peut éventuellement trouver paradoxal de voir une personne dont les opinions politiques sont en opposition flagrante avec le Gouvernement demander à accéder à des tâches qui l'associeraient étroitement à l'action gouvernementale.

D'autre part, qu'il s'agisse d'agents de personnes publiques ou de salariés privés, on peut faire remarquer que l'exercice de certaines libertés publiques se conçoit difficilement dans l'exercice des fonctions et ce pour des raisons d'ordre pratique : l'agent public comme le salarié privé a une tâche à laquelle il doit consacrer tous les instants qu'il passe au service. La formule attrayante utilisée par M. Chavanon : « Le bureau n'est pas un forum » (136) est tout aussi bien valable pour un agent public que pour un salarié privé. Et s'il est vrai comme le rappelle M. Chavanon que « ce n'est qu'aux champs et non point dans son bureau que le sous-préfet peut écrire des vers » de telle sorte que ce n'est pas sur les lieux de son travail que le fonctionnaire « sensible aux attrait de la politique pourra y céder », de même le salarié privé est payé par son patron pour faire un certain travail et non pour faire de la politique. L'action politique dans le service est donc tout aussi fautive pour l'agent public que pour le salarié privé (137). Nous aurons l'occasion de revoir ce point en examinant le problème de la grève politique.

B. — LA LIBERTÉ D'OPINION EN DEHORS DES FONCTIONS.

209. — Bien que contestée par certains (138), la distinction suivant la position en service et hors service doit être faite (139). En effet, hors du service, le fonctionnaire doit être considéré comme un citoyen libre. A ce titre, il doit pouvoir exercer sa liberté d'opinion comme tout un chacun (140). Mais l'exercice de cette

(136) CHAVANON, *op. cit.*, p. 159.

(137) De même, s'il est vrai que le loyalisme est le premier devoir du fonctionnaire, ce devoir lui est dicté autant par sa qualité de citoyen que pas celle d'agent public. (BOURDONCLE, *op. cit.*, p. 75).

(138) BOURDONCLE, *op. cit.*, p. 101.

(139) MORANCE, article cité Dalloz 1953, et CHAVANON, Cours cité, p. 168.

(140) Comme le fait remarquer M. MORANCE (note sous C.E., 27 mai 1955, Dame Kowalewski, concl. MOSSET, D. 1955, p. 687), l'agent public peut certes revendiquer en dehors de son service, le libre exercice des libertés publiques telles que la liberté d'association ou la liberté de réunion, mais il n'existe pas en France, du moins depuis le décret-loi du 23 octobre 1935 de liberté de manifestation. La manifestation tenue malgré une interdiction administrative devenant un attroupement illégal, la participation à une telle manifestation constitue une violation flagrante des lois de police, c'est-à-dire des textes qui ont pour objet de maintenir l'ordre public. Une telle violation est inadmissible de la part d'un fonctionnaire quel que soit son grade dans la hiérarchie et de nature à lui enlever toute autorité dans l'exercice de ses fonctions. C'est donc très légitimement que le Conseil d'Etat a pu la considérer comme une faute professionnelle, alors que l'intéressée non seulement avait assisté à une manifestation interdite, mais encore y avait prononcé une harangue.

liberté ne doit pas s'exprimer sous une forme telle que l'exercice des fonctions en devienne difficile pour l'avenir. C'est ainsi qu'on a pu dire que l'agent public était tenu à une obligation de réserve (141). Cette réserve tenant non à ce que l'agent public serait un citoyen diminué, mais à ce que son activité ne doit pas même indirectement, nuire à son service. Comme l'a souligné M. Vedel, tout est « en nuances ». Une manifestation d'opinion pourra être répréhensible si elle prend la forme de discours injurieux et parfaitement licite, au contraire si elle se présente sous la forme d'un discours ou d'un article aussi véhément quant au fond, mais plus réservé dans la forme (142). C'est dans ces conditions, que le Conseil d'Etat est amené à prendre en considération, dans chaque cas d'espèce, la nature de l'emploi occupé et les circonstances de fait. L'agent public doit normalement s'abstenir de manifestations d'opinion qui risqueraient de nuire au service notamment en rendant difficiles les relations avec ses supérieurs hiérarchiques, ou en amenant le public à douter de l'impartialité de l'agent. C'est donc en grande partie la position du fonctionnaire dans la hiérarchie et plus encore peut-être l'étroitesse des liens existant en fait avec les autorités critiquées qui déterminent les limites de la liberté d'expression reconnue à l'agent public. Plus les relations sont étroites et plus l'opinion dissidente doit revêtir une forme particulièrement modérée et objective (143). Comme on l'a fait remarquer, il n'est pas normal de vouloir représenter un pouvoir dont on s'est publiquement désolidarisé (144). De même que l'on ne conçoit pas de voir un salarié privé dénigrer publiquement les produits fabriqués par l'entreprise au sein de laquelle il travaille, de même on ne peut admettre qu'un policier, en civil, distribue en dehors des heures de service des tracts dirigés contre l'autorité de police (145).

§ 2. — Les droits collectifs.

210. — Jusqu'à la promulgation de la loi du 19 octobre 1946, portant statut général des fonctionnaires et de la Constitution du 27 octobre suivant, les agents publics se trouvaient dans une situation nettement désavantageuse, par rapport aux salariés privés en ce qui concerne l'exercice de certains droits collectifs constitutifs de libertés publiques fondamentales. Privés du droit de grève accordé aux salariés dès 1864 (146) et du droit syndical

(141) Sur ce point, voir FOURRIER, *op. cit.*, pp. 358 et suiv. et BOURDONCLE, *op. cit.*, pp. 83 et suiv.

(142) VEDEL, Cours cité, p. 908.

(143) Sur l'obligation de réserve par exemple du secrétaire de mairie à l'égard du maire. Voir C.E., 11 juillet 1939, ville d'Armentières, *Rec.*, p. 468.

(144) BOURDONCLE, *op. cit.*, p. 100.

(145) C.E., 20 février 1952, MAGNIN, *Rec.*, p. 117.

(146) Loi du 25 mai 1864.

dont ceux-ci jouissaient depuis la loi du 21 mars 1884, les fonctionnaires disposaient seulement de la faculté de se grouper au sein d'associations régies par la loi du 1^{er} juillet 1901.

A l'heure actuelle une telle discrimination a disparu. Il existe en effet un fonds de règles communes relatives à l'exercice des droits collectifs par les citoyens qu'ils soient au service de personnes publiques ou de personnes privées. Si certains préposés sont soumis à des règles spéciales s'agissant en particulier du droit de grève ce sera moins en fonction de la qualité de personne publique ou privée de leur employeur, que de la nature des fonctions qu'ils exercent dans l'intérêt de la collectivité.

A. — DROIT D'ASSOCIATION ET DROIT SYNDICAL.

211. — En raison du caractère très général de la loi du 1^{er} juillet 1901, la licéité des associations de fonctionnaires fut très vite admise, tant par la jurisprudence administrative (147) que judiciaire (148) d'autant plus que cette pratique était, sinon encouragée, du moins tolérée par l'Administration. Par contre, en droit, la possibilité de fonder un syndicat leur était refusée. On estimait que le droit syndical mettait le principe hiérarchique en échec, car le syndicat a pour objet de faire pression sur l'employeur, notamment par la grève. Or, s'agissant de l'employeur-Etat, on concevait difficilement l'usage par ses agents de moyens de pression notamment de la grève, alors que celle-ci demeurerait interdite. Mais comme l'a fait remarquer M. Durand cette attitude confondait le droit syndical avec le droit de grève, or, historiquement ce dernier est apparu antérieurement au droit syndical. D'autre part, en n'envisageant que la grève dans l'activité syndicale, on ne s'attache qu'à son aspect de revendication violente (149).

212. — L'attitude de la jurisprudence était cependant très ferme sur ce point. La jurisprudence judiciaire mettait l'accent sur le caractère spécial de la loi de 1884 et estimait que le bénéfice de cette loi était limité à « ceux qui, soit comme patrons, soit comme ouvriers ou salariés, appartiennent à l'industrie, à l'agriculture ou au commerce, à l'exclusion de toutes autres personnes, ou de toutes autres professions » (150). De son côté, le Conseil d'Etat, dans

(147) C.E., 11 décembre 1908, Assoc. prof. des employés civ. de l'administration centrale du ministère des Colonies. Concl. TARDIEU, *Rec.*, p. 1016.

(148) Cass. 4 mars 1913, Card. Luçon c. Assoc. frat. des Instituteurs. D.P. 1913.I.321, note ROLLAND, et dans la même affaire Cass. (Chambres réunies), 15 juin 1923. S. 1924.I.49. Note CHAVEGRIN.

(149) DURAND, *op. cit.*, T. III, p. 132. Des grèves ont souvent été déclenchées par de simples associations de fonctionnaires telles les deux grèves des P.T.T. de 1909.

(150) Cass. 27 juin 1885, S. 1887.I.281. Trib. corr. 8 juillet 1903, cité par le commissaire du Gouvernement TARDIEU dans ses conclusions précitées. *Adde* l'importante jurisprudence citée par DURAND, *op. cit.*, T. III, p. 130, note 2.

l'arrêt du 13 janvier 1922 (151) justifie ainsi la solution identique à celle de la Cour de cassation qu'il adoptait en la matière : « Considérant que... le législateur de 1884 n'a eu en vue que les représentants d'intérêts particuliers libres de discuter ensemble les relations du capital et du travail et non les fonctionnaires, représentants des intérêts généraux; que ces derniers ont un régime propre tout différent de celui du droit privé; que bénéficiant d'un ensemble de garanties qui résultent des règlements relatifs à leur carrière et à leur traitement... ils se sont, par contre, soumis en acceptant leur emploi, à toutes les obligations dérivant des nécessités même du service public et ont renoncé à certaines facultés, telles que le droit de grève que suppose l'article 1^{er} de la loi de 1884 et qui seraient incompatibles avec la continuité indispensable à la marche dudit service et à la vie nationale; qu'en outre le Parlement a, dans la suite, manifesté expressément sa volonté sur ce point; que notamment la loi du 12 mars 1920 qui a eu pour objet d'étendre la capacité des syndicats et de rendre la loi de 1884 applicable aux professions libérales, ayant décidé qu'une loi spéciale fixera le statut des fonctionnaires, il résulte de cette disposition et des rapports dont elle a été précédée que le législateur entend refuser aux associations de fonctionnaires le droit de se placer sous le régime de la loi du 21 mars 1884. »

Mais, si primitivement le Gouvernement avait entendu dénier le droit syndical à tous les salariés de l'Etat, sans distinction, aux ouvriers comme aux fonctionnaires, la Chambre des députés, dès 1894, limita la portée de cette interdiction. Le 22 mai 1894, la Chambre vota, en effet, la résolution suivante (152) : « La Chambre considérant que la loi de 1884 s'applique aux ouvriers et employés des exploitations de l'Etat aussi bien qu'à ceux des industries privées, invite le Gouvernement à la respecter et à en faciliter l'exécution. » Ce vote entraîna la démission du ministre des Travaux publics et la chute du ministère Casimir-Périer. Mais depuis, le droit des ouvriers de l'Etat de se prévaloir des dispositions de la loi de 1884 ne fut plus contesté.

213. — Mais si le syndicalisme des fonctionnaires était prohibé en droit, il s'établit et se développa en fait, encouragé à certains moments par les pouvoirs publics eux-mêmes (153). Si les fonctionnaires préféraient en effet la forme du syndicat à celle de l'association qui leur était pourtant permise, ce n'était pas seulement dans le désir de se montrer solidaires du monde ouvrier, mais aussi

(151) C.E., 13 janvier 1922, Synd. Nat. des agents des Contr. directes, *Rec.*, p. 37.

(152) Sur la force juridique des résolutions parlementaires. Voir BOUDET, *R.D.P.* 1958, p. 271.

(153) L. PROKITCH, *Le Droit syndical des fonctionnaires*. Th. Paris 1939, pp. 93 et suiv.

parce que le syndicat présentait des avantages appréciables sur le plan juridique par rapport à l'association : capacité d'acquérir plus grande, droit d'ester en justice plus étendu.

Après la déclaration gouvernementale du président Herriot, le 17 juin 1924, annonçant l'intention de donner satisfaction aux revendications syndicalistes des fonctionnaires civils, le ministre de l'Intérieur du Cartel des Gauches, Chautemps, adressa le 25 septembre 1924, une circulaire aux préfets, les invitant à entrer en contact avec les syndicats locaux de fonctionnaires. De leur côté les membres du Gouvernement recevaient à plusieurs reprises les représentants des fonctionnaires et conféraient avec eux, non seulement sur les problèmes intéressant les conditions de travail ou les traitements, mais aussi sur ceux relatifs à l'intérêt général de l'Administration. C'est en conformité avec cette politique qu'un arrêté du 9 avril 1925 appela à siéger au Conseil national économique des représentants de la Fédération nationale des syndicats de fonctionnaires. De même on vit des fonctionnaires détachés en vue de remplir des fonctions au sein d'un syndicat (154) ou participer à des cérémonies officielles en tant que représentants d'un syndicat. Si par la suite, les présidents Painlevé (1925), Poincaré (1926), Paul Boncour (1928) agirent dans le même sens, le ministère Tardieu, en 1929, refusa aux syndicats de fonctionnaires le droit d'être entendus par des commissions parlementaires en dehors et à l'insu des ministres. En février 1929, le ministre de l'Intérieur Chautemps distinguant entre la légitimité des syndicats de fonctionnaires reconnus par le Gouvernement et leur légalité contestée par les tribunaux, estima que le moment était venu de rétablir l'harmonie entre ces deux notions (155).

C'est la tolérance dont faisait preuve à leur égard le Gouvernement qui expliquait qu'en 1933, la seule Confédération générale du travail comptait sur un effectif total de 884.000 adhérents, 355.000 fonctionnaires (156). Ce qui n'empêcha pas la jurisprudence tant administrative (157) que judiciaire (158) de maintenir la thèse de l'illégalité des syndicats de fonctionnaires. La loi du 15 octobre 1940 organisant des associations professionnelles de fonctionnaires étroitement soumises au contrôle du Gouvernement fut annulée par les ordonnances des 2 septembre 1943 et 9 août 1944 qui décidèrent que les anciennes associations, dissoutes en 1940, étaient censées n'avoir jamais cessé d'exister et reentraient en possession de leurs biens.

214. — Au lendemain de la deuxième guerre mondiale, le

(154) C.E., 22 juin 1928, Wallior, S. 1928.3.134.

(155) Voir PROKITCH. Th. citée, p. 95.

(156) Chiffres cités par P. DIETSCH, *De la légalité des syndicats de fonctionnaires*. Th. Paris 1933, p. 42.

(157) C.E., 16 janvier 1935, Julitte, *Rec.*, p. 57.

(158) Cass., 6 février 1932, D.H. 1932, p. 165.

divorce entre le fait et le droit devait disparaître. La loi du 19 octobre 1946 non seulement consacra le droit syndical des fonctionnaires les plaçant ainsi sur un plan d'égalité avec les salariés privés (159), mais encore officialisa le syndicalisme fonctionnaire.

L'article 6 de la loi du 19 octobre 1946, repris par l'article 14 de l'ordonnance du 4 février 1959, déclare : « Le droit syndical est reconnu aux fonctionnaires » et soumet les syndicats professionnels créés en application de ce droit aux mêmes règles que celles applicables aux syndicats de salariés privés, à savoir : les dispositions du Livre III du Code du travail (160). Au même titre qu'un syndicat de salariés privés, un syndicat de fonctionnaires peut ester en justice devant toute juridiction. La loi lui reconnaît explicitement le droit de se pourvoir devant les juridictions de l'ordre administratif contre les actes réglementaires concernant le statut du personnel et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs des agents. D'autre part, le syndicat de fonctionnaires bénéficie des dispositions de la loi du 12 mars 1920, devenue l'article II du Livre III du Code du travail, aux termes desquels : « Les syndicats peuvent devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. »

Les fonctionnaires des Compagnies républicaines de sécurité (161), de la police (162) et des services extérieurs de l'administration pénitentiaire (163) se sont vu expressément reconnaître le droit syndical tandis que les membres du corps préfectoral (164) en sont privés en vertu des statuts spéciaux qui régissent ces différents corps (165).

(159) Egalité que consacre le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (al. 6) : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ».

(160) Les mêmes dispositions se retrouvent dans l'article 2 de la loi du 28 avril 1952, portant statut du personnel communal.

(161) Loi du 27 décembre 1947, article 6. Ce qui a permis à la rivalité existant entre les différents corps de police de se manifester sur le plan syndical (Cf. *Le Monde* du 9 mars 1955).

(162) Loi du 28 septembre 1948, article 2.

(163) Ordonnance du 6 août 1958, article 2. Il est à noter que l'article 55 de l'ordonnance du 4 février 1959 maintient expressément en vigueur la loi du 28 septembre 1948 et l'ordonnance du 6 août 1958 mais ne mentionne pas la loi du 27 décembre 1947. Il faut cependant admettre son maintien en vigueur.

(164) Loi du 19 juin 1950 : L'article 21 déclare non applicable aux agents du corps préfectoral l'article 6 de la loi du 19 octobre 1946. L'article 24 autorise cependant ces agents à se grouper en associations constituées en application de la loi du 1^{er} juillet 1901 et habilitées à défendre leurs intérêts moraux et matériels.

(165) De même les magistrats auxquels la loi du 20 mars 1951 avait étendu certaines dispositions seulement de la loi du 19 octobre 1946, et les

Nous avons dit que les syndicats de fonctionnaires étaient « officialisés ». En effet, ces syndicats ne se bornent pas à déposer leurs statuts et les noms de leurs dirigeants comme l'article 3 du Livre III du Code du travail l'exige de tout syndicat. En effet, l'ordonnance du 4 février 1959 (art. 14, al. 2) comme la loi du 19 octobre 1946 (166) disposent que toute organisation syndicale de fonctionnaires est tenue d'effectuer, dans les deux mois de sa création, le dépôt de ses statuts et de la liste de ses administrateurs auprès de l'autorité hiérarchique dont dépendent les fonctionnaires appelés à en faire partie. On a ainsi pu dire que les syndicats de fonctionnaires étaient libres, mais ne pouvaient être occultes (167). Il faut bien préciser qu'il ne s'agit en effet pas d'une autorisation. C'est une formalité qui permet de donner un caractère plus officiel aux dirigeants syndicaux qui sont ainsi connus de l'Administration et qualifiés à ses yeux pour discuter avec elle (168). En effet, les syndicats jouent un grand rôle dans la fonction publique, à laquelle on peut dire qu'ils sont « intégrés ». D'une part, la possibilité qui leur est donnée d'ester en justice contre les décisions individuelles constitue une « arme singulièrement efficace permettant de déclencher le contrôle juridictionnel sur la plupart des actes de l'Administration, car le plus grand nombre des mesures individuelles prises par l'Administration touchent aux intérêts collectifs des fonctionnaires ». M. Chavanon estime ainsi que les syndicats disposent du pouvoir de « mettre en surveillance » l'Administration (169). D'autre part, les syndicats se trouvent associés à l'organisation, voire à la direction de la fonction publique. En effet, tant au Conseil supérieur de la fonction publique qu'aux comités techniques paritaires (170), les fonctionnaires sont expressément représentés par leurs syndicats qui occupent la moitié des sièges. Quant aux élections des représentants du personnel au sein des commissions administratives paritaires, elles se font le plus souvent en réalité sous le contrôle des syndicats. Sur ce point d'ailleurs, les syndicats se trouvent nettement

militaires, demeurent régis par des textes spéciaux qui ne leur reconnaissent pas expressément le droit syndical (loi des 19 et 23 mai 1834 sur le statut des officiers et la loi du 30 mars 1928 sur le statut des sous-officiers de carrière). L'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature interdit pratiquement aux magistrats le droit de grève, mais est muette sur leur droit syndical.

(166) Article 6, alinéa 2, même disposition dans l'article 2, alinéa 3 de la loi du 28 avril 1952.

(167) DURAND, *op. cité*, T. III, p. 137.

(168) Voir CHAVANON, Cours cité, p. 162.

(169) CHAVANON, Cours cité, p. 161.

(170) Voir *infra*, n° 252 et 257 et GAZIER, « Le syndicalisme dans la fonction publique ». D.S. 1948, p. 274.

avantagés (171) par rapport aux associations, qui perdent le droit de représenter les fonctionnaires au regard de l'Administration. Au cours des débats relatifs au vote de la loi du 19 octobre 1946, un amendement présenté par M. René Mayer tendant à attribuer aux associations qui s'étaient constituées alors qu'elles étaient seules licites à l'époque, les mêmes prérogatives que celles reconnues aux syndicats fut repoussé (172). S'il est vrai qu'une arrière-pensée politique a présidé à l'élaboration des dispositions législatives dont il s'agit peut-être a-t-on pu estimer que les associations ne méritaient aucune considération du fait qu'elles « s'étaient réfugiées dans la légalité » (173).

215. — De même que les Conventions collectives conclues par les organisations syndicales les plus représentatives (174) sont entourées d'une grande considération et bénéficient d'un régime spécial leur permettant d'être étendues à l'ensemble de la profession, de même au sein des agents de personnes publiques une place plus importante est-elle accordée aux organisations syndicales les plus représentatives qui reçoivent le monopole de la représentation des fonctionnaires au sein des comités techniques et du Conseil supérieur (175). Il se pose alors un problème identique dans les deux secteurs : celui de la représentativité des syndicats.

S'agissant de la représentativité des syndicats de salariés privés, un certain nombre de circulaires ministérielles étaient intervenues

(171) D'autant plus que, par ailleurs, certaines facilités sont accordées pour l'exercice d'un mandat syndical. Mais à cet égard, les dispositions des articles 5 et 3 - 2° du décret n° 59-310 du 14 février 1959 limitent les hypothèses où des autorisations d'absence pour congrès et réunions syndicales ou des détachements peuvent être accordés. Les articles 88 et 99 - 5° de la loi du 19 octobre 1946 étaient plus extensifs. Désormais, le détachement ne peut être accordé que pour l'exercice d'un mandat syndical dans les organes directeurs constitués sur le plan national et seules sont autorisées les absences pour la réunion de congrès ou d'organismes directeurs.

(172) DURAND, *op. cit.*, T. III, p. 138. Sans que cette arrière-pensée se soit manifestée explicitement au cours des débats peut-être n'est-il pas inutile de signaler que le vice-président du Conseil particulièrement chargé de la réforme administrative et de la fonction publique était à l'époque M. Maurice THOREZ qui entendait peut-être assurer une place privilégiée à la C.G.T. dans la représentation des fonctionnaires. Par ailleurs on a sans doute voulu éviter la multiplication des groupements prétendant défendre les intérêts des fonctionnaires.

(173) VEDEL, Cours cité, p. 922.

(174) Ce sont également, pratiquement, les syndicats les plus représentatifs qui délèguent des représentants au Conseil économique et social (D. du 27 mars 1959). Ce sont les délégués de ces seuls syndicats qui ont notamment accès au Conseil supérieur de la Sécurité sociale et des Allocations familiales (ordonnance du 4 octobre 1945, art. 28 et 29) et à la commission supérieure des conventions collectives (loi du 11 février 1950, art. 31 w).

(175) De même au sein des entreprises les syndicats les plus représentatifs ont une position privilégiée dans l'aménagement de la représentation du personnel.

sur ce point (176) jusqu'à ce que la loi du 11 février 1950 (art. 31 f L. 1^{er}, C.T.) vienne fixer les divers éléments qui doivent être pris en considération : importance des effectifs, indépendance, cotisations, expérience et ancienneté, attitude patriotique sous l'occupation. S'agissant des syndicats de fonctionnaires, la détermination de leur caractère de représentativité se fait de façon sensiblement identique (177).

En principe, ce caractère s'apprécie dans le cadre où l'organisation est tenue d'agir, même si le syndicat n'est pas affilié à une confédération. Une circulaire du Président du Conseil du 18 mars 1950 a précisé que la question de la représentativité devait être résolue par accord entre les syndicats eux-mêmes et en l'absence d'accord en fonction d'un certain nombre de critères qui se trouvent être identiques à ceux posés par la loi du 11 février 1950. Cette détermination de la représentativité faite par l'autorité administrative est contrôlée par le juge qui a reconnu le droit de l'Administration de demander à chaque syndicat de lui fournir tous les éléments de nature à lui permettre d'apprécier son caractère représentatif (178).

216. — S'agissant de la liberté syndicale il faut reconnaître qu'elle semblait mieux assurée jusqu'à ces derniers temps, au profit des agents des personnes publiques qu'à celui des salariés privés. En effet, la loi du 28 avril 1952 portant statut du personnel communal précise dans l'article 2 que : « L'appartenance ou la non-appartenance à un syndicat ne doit entraîner aucune conséquence en ce qui concerne le recrutement, l'avancement, l'affectation, et, d'une manière générale la situation des agents. » C'est ainsi affirmer le principe de la non-discrimination entre syndiqués et non-syndiqués, et rejeter l'idée d'un monopole syndical et de toute obligation d'adhésion (179). Il faut cependant noter que la part prépondérante accordée aux syndicats dans la représentation des fonctionnaires tend à leur reconnaître un monopole de fait. En ce qui concerne la liberté syndicale des salariés privés, la situation est moins nette (180). Si la liberté d'adhérer à un syndicat a finalement été définitivement admise en dépit de l'opposition de certains

(176) Voir DESPLATS, « La notion d'organisations syndicales les plus représentatives ». D.S. 1945, p. 270 ; BOITEL, « Représentativité des organisations syndicales », D.O. 1948, p. 176 et D.O. 1956, p. 51.

(177) PLANTEY, *op. cit.*, n° 208, p. 92. C.E., 6 juin 1947, Syndicat cadres ass., *Rec.*, p. 252 ; C.E., 7 novembre 1947. Confédération française des Travailleurs Chrétiens, *Rec.*, p. 415 ; Concl. BARBET, dans C.E. 4 février 1950, *Féd. Nat. Trav. Sous-Sol* : 3 arrêts, S. 1950.3.57 ; 21 décembre 1956, *Féd. des Cadres C.G.C.*, *Rec.*, p. 493.

(178) C.E., 15 décembre 1954, Fédération des syndicats chrétiens des Travaux publics. D.S. 1955, p. 224.

(179) PLANTEY, *op. cit.*, n° 207, p. 92.

(180) DURAND, *op. cit.*, T. III, pp. 141 et suiv. ; G. SPYROPOULOS, *La Liberté syndicale*. Th. Paris 1954.

chefs d'entreprise, par contre la liberté de ne pas adhérer à un syndicat a été compromise comme le souligne M. Durand par la « volonté d'impérialisme des groupements ». Ainsi, la résiliation du contrat de travail uniquement motivée par l'adhésion à un syndicat est-elle illégale (181), à condition que le salarié n'ait pas commis de faute dans l'usage de la liberté syndicale ou dans l'exercice des fonctions que lui avait conférées le syndicat. D'autre part, si l'employeur peut refuser d'embaucher un salarié parce qu'il fait partie d'un syndicat, du moins la Cour de cassation a-t-elle estimé que l'employeur engageait sa responsabilité, lorsque son attitude révélait un esprit de malveillance à l'égard du syndicat (182). Le problème de la validité des clauses interdisant l'affiliation à un syndicat et contenues dans les contrats individuels de travail doit être tranché à l'heure actuelle dans le sens négatif depuis que la loi du 11 février 1950 a précisé que les clauses insérées dans les Conventions collectives conclues par les organisations syndicales les plus représentatives, ne peuvent porter atteinte au libre choix du syndicat par les travailleurs (183). De même sont interdites les mesures discriminatoires prises à l'égard des membres d'organisations syndicales à l'occasion d'avancements, mutations (184), sanctions disciplinaires. Mais c'est la question de la liberté de ne pas faire partie d'un syndicat qui a suscité de nombreuses controverses (185).

La déclaration des droits incluse dans le projet de Constitution d'avril 1946 (186) avait expressément prévu cette liberté. Mais la Constitution de 1946 et celle de 1958 sont muettes sur ce point. Toutefois, M. Durand a pu faire remarquer que la formule de la Constitution de 1946 qui prévoit que chacun « peut... adhérer au syndicat de son choix » sous-entend nécessairement que tout individu a le droit de ne pas user de cette faculté et refuser de faire partie d'un syndicat. De même la liberté de démission à tout moment d'un syndicat reconnue par l'article 8 du Livre III du Code du travail entraîne du même coup la possibilité de ne faire partie d'aucun syndicat. Mais cette conception se heurte à la tendance qu'ont les syndicats à se considérer comme les représentants de la profession toute entière. En même temps qu'ils se sont efforcés d'organiser tous les travailleurs placés dans une situation de dépendance, les syndicats ont essayé de contraindre les non-syndiqués à se syndiquer. Parmi les moyens de contrainte

(181) SARAMITO, « Le renvoi pour activité syndicale », D.O. 1952, p. 165.
Civ. 2 juin 1937, G.P. 1937.2.303.

(182) Req. 13 mars 1905. D.P. 1906.I.113, note PLANIOL.

(183) Article 31 g, 3°.

(184) Civ. 17 mai 1951. D.S., 1951, p. 474.

(185) DURAND, *op. cit.*, T. III, pp. 151 et suiv. ; G. SPYROPOULOS, « Le monopole syndical d'emploi et la protection de la liberté syndicale ». D.S. 1956, p. 274.

(186) Article 30 de la Déclaration.

les plus fréquemment employés, figure la « mise à l'index », procédé par lequel les syndicats défendent à un employeur d'embaucher des non-syndiqués, ou ils exigent leur renvoi. M. Durand s'appuyant sur la jurisprudence (187) estime que le pouvoir disciplinaire des syndicats doit être limité à leurs seuls adhérents. A l'égard des non-syndiqués, une mesure d'interdit est un acte s'inscrivant dans la lutte sociale et économique entreprise par les syndicats. Elle est donc légitime si elle est prise en vue d'assurer la défense des intérêts professionnels des membres des syndicats, pour éviter par exemple que des salariés acceptent de travailler dans des conditions préjudiciables aux intérêts légitimes de l'ensemble des membres de la profession. Par contre, si l'interdit est uniquement inspiré par le désir de nuire à la personne visée ou par la volonté de sanctionner le refus d'adhérer au syndicat, la mise à l'index met en jeu la théorie de l'abus du droit (188). Dans le cadre des mesures discriminatoires à l'égard des non-syndiqués, les syndicats font parfois inclure dans les Conventions collectives des clauses qui obligent les employeurs à n'embaucher que du personnel syndiqué. Ces clauses fréquentes en France, dans certaines professions, telles que les spectacles, le livre, les imprimeries de presse, sont courantes dans les pays anglo-saxons sous le nom d'« union shop » (189) et de « closed shop » (190). La jurisprudence française a eu la lourde tâche d'essayer de concilier les deux principes du droit du travail relatifs aux syndicats : d'une part le caractère facultatif du syndicat et d'autre part, la mission d'organiser la profession confiée aux syndicats. Avant la dernière guerre un courant jurisprudentiel approuvé par la doctrine avait considéré que les clauses contenues dans une Convention collective et tendant à réserver aux membres du syndicat le bénéfice de l'embauchage n'étaient licites que si elles étaient justifiées par l'intérêt supérieur de la profession, à l'exclusion de toute intention de nuire à l'égard des autres ouvriers (191). Le Conseil d'Etat, s'en tenait, quant à

(187) DURAND, *op. cit.*, T. III, p. 376.

(188) La mise à l'index, constitue une « atteinte au droit d'autrui » (Cass. 22 juin 1892, Joost, S. 1893.I.41) et « l'exercice d'un droit peut constituer une faute lorsque le titulaire de ce droit en fait, à dessein de nuire, un usage préjudiciable à autrui ». (Voir affaire Cortot, Cass. 26 novembre 1953, J.C.P. 1953.II.7897 et Cass. 31 mai 1956. J.C.P. 1956.II.9434).

(189) Par cette clause un employeur s'engage vis-à-vis d'un syndicat à n'employer que des personnes qui sont membres du syndicat en question ou le deviendront dans un certain délai après leur embauchage.

(190) En vertu de cette clause tout le personnel de l'entreprise doit être membre du syndicat considéré et y rester affilié pendant toute la durée du contrat.

(191) Cass. 24 octobre 1916, S. 1920.I.17 ; Lyon, 18 janvier 1938, D.S. 1938.186, note P.-H. TEITGEN. Note P.-H. TEITGEN sous Cass., 9 mars 1938, D.S. 1938 p. 185.

lui, à une stricte protection de la liberté syndicale (192). Comme nous l'avons déjà dit, la formule employée par le Préambule de la Constitution de 1946 et les termes mêmes de l'article 31 g-3° du Code du travail semblaient déjà prohiber les clauses qui imposaient l'affiliation à un syndicat déterminé comme condition d'embauchage. Une opposition croissante se manifesta contre les accords déjà anciens relatifs aux conditions d'embauchage dans les entreprises de presse et qui assurent un monopole de l'embauchage aux syndicats adhérents à la Fédération française des Travailleurs du Livre (193). Ainsi une entreprise de presse avait été condamnée à payer des dommages-intérêts (194) pour avoir licencié un ouvrier non syndiqué, alors que cette obligation lui était imposée par les accords précités et bien qu'elle ait été menacée d'une grève décidée par le syndicat.

D'autre part, à la suite de protestations élevées par la C.F.T.C. et la C.G.T.-F.O., l'Assemblée nationale se saisit de la question sur l'initiative de M. Moisan. La proposition de loi déposée dès 1948 tendait à « protéger la liberté syndicale et à en garantir le libre exercice à tous les travailleurs ». Une telle initiative, bien que considérée comme nécessaire, souleva cependant des réserves dans les milieux de la presse elle-même et au Conseil de la République, en raison du conflit qu'elle risquait de créer entre la Fédération du Livre et les entreprises de presse, conflit qui risquerait de porter un grave préjudice matériel à celles-ci (195). Après bien des hésitations et des modifications (196) la proposition de loi donna naissance à la loi du 27 avril 1956 tendant à assurer la liberté syndicale et la protection du droit syndical. Cette loi interdit à l'employeur d'une manière générale « de prendre en considération l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la rémunération et l'octroi d'avantages spéciaux, les mesures de discipline et de congédiement » (197). Ces dispositions sont d'ordre public de telle sorte qu'il ne saurait y être dérogé par voie conventionnelle. D'autre

(192) C.E., 7 juillet 1939. Union Corporative des Travailleurs Français, *Rec.*, p. 460.

(193) Voir N. JACQUEFONT, « La liberté syndicale est-elle respectée dans les entreprises de presse ? », *Le Monde*, 20 mars 1954.

(194) Tribunal civil Seine, 23 février 1951. *Quest. Prud'hom.* 1951, p. 558, confirmant en appel une sentence du Conseil des Prud'hommes de la Seine du 4 mars 1949, D.S. 1949, p. 359.

(195) Déjà le vote en première lecture de cette proposition de loi en mai 1955 avait entraîné une grève, le 26 mai 1955 sur l'ordre de la Fédération du Livre.

(196) Voir article SPYROPOULOS, précité.

(197) Article 1^{er} a, L. III, C.T. L'utilisation du terme « notamment » implique le caractère non limitatif de l'énumération.

part, la loi déclare « nulle et de nul effet, toute disposition ou accord tendant à obliger l'employeur à n'embaucher ou à ne conserver à son service que des adhérents du syndicat propriétaire de la marque ou du label » (198). Sur ce point, la loi du 27 avril 1956 reprend les dispositions de l'article 20, alinéa 2 du Code du travail des territoires d'outre-mer institué par la loi du 15 décembre 1952. Désormais, se trouve condamnée tant sur le territoire métropolitain qu'outre-mer, cette atteinte déterminée à la liberté syndicale qui consistait à limiter l'emploi dans une entreprise aux seuls adhérents d'un syndicat dépositaire d'une marque ou label. Désormais est donc interdite la pratique du « contrat de label » fréquemment utilisée dans l'industrie du Livre et de la Presse, et qui assurait un monopole de placement à un syndicat déterminé, en l'occurrence la C.G.T.

Ainsi, aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé, le libre exercice du droit syndical, qui exclut toute discrimination est-il assuré par les textes. Il n'y a donc sur ce point aucune différence entre les agents des personnes privées et les agents des personnes publiques. Les uns et les autres ont cependant intérêt à adhérer à un syndicat afin de participer à l'organisation professionnelle, car c'est aux syndicats que la loi réserve la mission de représenter la profession (199).

B. — LE DROIT DE GRÈVE.

1. Traits généraux :

217. — S'il est vrai que le droit syndical apparaît comme une amplification du droit de coalition (200), il n'est pas moins vrai aussi que le droit de grève, bien qu'admis avant le droit syndical est le moyen d'action le plus efficace dont disposent les syndicats et par là, les salariés. Pour certains, même, la grève serait le fondement du syndicalisme (201). « Interruption du travail motivée par des revendications professionnelles susceptibles de bénéficier à l'ensemble ou à une catégorie du personnel et qui trouve un appui dans une partie suffisamment représentative de l'opinion

(198) Article 20 a, alinéa 2, L. III. Par label on désigne la marque que les syndicats ont le droit d'apposer sur les produits ou objets fabriqués pour en certifier l'origine et les conditions de fabrication et qui est protégée comme les marques de fabrique contre toute contrefaçon (RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 68).

(199) La position privilégiée du syndicat par rapport aux associations n'est en effet pas limitée au secteur public. (Voir sur ce point BRUN et GALAND, *op. cit.*, II-32, p. 674).

(200) SCELLE, *Le Droit ouvrier*, p. 73.

(201) G. THOREL, « La grève, fondement du syndicalisme », *Esprit* 1948, p. 392.

ouvrière » (202), ou plus brutalement définie comme étant « l'instrument de lutte essentiel pour la classe ouvrière... afin d'amener le chef d'entreprise ou les pouvoirs publics à consentir à telle ou telle concession » (203), la grève apparaît, en tout état de cause, comme une arme puissante et efficace dont disposent les travailleurs pour obtenir une amélioration de leur condition et comme l'a fait justement remarquer un auteur « il n'est pas sûr qu'elle soit moins utile aux fonctionnaires victimes de la carence des pouvoirs publics qu'aux salariés exposés à l'exploitation du patronat » (204). Cette efficacité, la grève la tire des conséquences qu'elle entraîne au sein même de l'entreprise ou du service, effets qui débordent parfois ce cadre restreint pour paralyser la vie publique.

La grève n'est plus en effet, ce qu'elle était autrefois, comme l'a souligné avec humour M. Rivero, une « pièce à deux personnages » (205) (patron et salarié). A l'heure actuelle apparaît un troisième personnage qui fait les frais des démêlés des deux autres : c'est l'usager ou le consommateur, voire tout simplement le citoyen, dans la mesure où la grève est un moyen d'atteindre l'Etat pour l'obliger à intervenir. D'ailleurs, la notion de grève elle-même, s'est étendue en dehors du domaine purement professionnel pour devenir « le fait pour un groupe d'individus de suspendre son activité professionnelle, civique ou sociale, afin d'obtenir un certain avantage en pesant sur la volonté de celui, patron ou Etat, dont cet avantage dépend » (206). Arme efficace peut-être, mais aussi dangereuse, à la fois pour ceux qui l'emploient et pour ceux qui en subissent les conséquences. Les dangers de l'exercice du droit de grève pour les salariés, eux-mêmes, n'ont pas échappé aux syndicats qui sont amenés à considérer la grève comme l'*ultima ratio* que l'on pourrait aussi qualifier de solution du désespoir (207), car, par la grève, l'ouvrier s'expose à perdre une partie de son salaire et quelquefois son emploi (208).

Mais c'est surtout pour la société que la grève présente de sérieux inconvénients. Cette action collective est, en effet, essentiellement conçue dans le but de nuire à autrui (209). Ce ne pour-

(202) DURAND, « Le nouveau droit jurisprudentiel de la grève », D.S. 1951, p. 523.

(203) LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 92.

(204) GAUDEMET, « Grève des fonctionnaires et garanties disciplinaires ». R.P.D.A. 1955, p. 184.

(205) RIVERO, « La réglementation de la grève », D.S. 1948, p. 58.

(206) RIVERO, *ibid.*

(207) *Cahiers chrétiens de la fonction publique*, avril 1954, p. 82.

(208) LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 92.

(209) Le Conseil d'Etat distingue bien l'abandon individuel de service considéré comme fautif, de la grève, forme normale, sinon toujours compatible avec le devoir professionnel, comme le fait remarquer M. GRÉGOIRE (*op. cit.*, p. 324) de l'action menée par les agents de l'Etat pour la défense de leurs intérêts (Voir C.E., 21 avril 1950, GICQUEL, *Rec.*, p. 225). SILVERA, *L'Abandon de poste dans la fonction publique*, A.J. 1959, I-162.

rait être un droit individuel, alors que la Déclaration des droits de 1789 (article 4), a bien précisé que les droits individuels trouvent leur limite dans l'obligation de ne pas nuire à autrui. Liée étroitement à une certaine condition économique et sociale, la grève doit également être conciliée avec les exigences de la vie sociale, car, qu'il s'agisse d'une grève de salariés privés ou d'agents publics, dans les deux cas, la grève risque de perturber gravement la vie nationale et la paralysie de certaines branches du secteur privé peut-être plus redoutable que l'arrêt de certains services publics. La comparaison des conséquences d'une grève des médecins ou même des boulangers avec celle d'une grève des conservateurs d'hypothèques ou des gardiens de musées a déjà été souvent faite (210). La vie en société exige que les intérêts particuliers se soumettent à l'intérêt général. Il peut y avoir alors quelque difficulté à concilier la grève, manifestation du soulèvement d'intérêts particuliers, parfois à l'encontre du bien commun, et la démocratie, régime de la volonté du plus grand nombre, dans laquelle une contrainte ne peut être imposée par une minorité à la majorité, pour la seule satisfaction de ses intérêts propres (211). Comme l'a souligné M. Charlier (212), la grève n'est pas une simple liberté mais une entreprise de pouvoir, de telle sorte qu'en face d'elle la liberté du travail n'est pas une neutralité mais une trahison et c'est ainsi qu'apparaissent parfois nécessaires certaines mesures (violences, manœuvres frauduleuses) pour faire respecter la décision de grève. Dans le cadre d'une économie largement dirigée, partiellement nationalisée, tendant vers la planification, la grève semble anachronique, car le droit de grève n'est pas un droit inhérent à la personne mais appartient au groupe. Il se rattache, a-t-on dit, au droit de la légitime défense (213). De telle sorte que la grève-pouvoir n'est admissible, tant qu'il y a un Etat véritable, que s'il l'autorise à la suite d'une sorte de délégation de la puissance publique. Mais dans la mesure où la grève apparaît comme une maladie du corps social, M. Charlier considère qu'on doit évoluer logiquement et normalement vers la suppression par l'Etat de toute faculté de grève, à la condition de supprimer les raisons d'être de ce droit. En attendant de réaliser ce « welfare state » d'où seront bannies les luttes sociales, la plupart des auteurs sont d'accord pour estimer qu'il faut proscrire la grève partout où elle est incompatible avec les nécessités de la vie sociale. L'accord est non moins réalisé sur l'abandon des « vieilles distinctions passées » (214), des services publics et des entreprises privées, des fonctionnaires et des non-fonctionnaires, voire celle des fonction-

(210) Voir RIVERO et GAUDEMET, articles précités.

(211) Voir MORANGE, « Les grèves et l'Etat », D. 1947, p. 117.

(212) CHARLIER, « Le droit constitutionnel de grève ». J.C.P. 1948.I.729.

(213) RIVERO. D.S. 1948, pp. 58 et suiv.

(214) RIVERO, article précité. D.S. 1948, p. 58.

naires d'autorité et des fonctionnaires de gestion. La seule considération déterminante devrait être la relation avec la nécessité publique, de l'activité considérée.

De façon assez paradoxale, c'est au lendemain même de la constitutionnalisation du droit de grève, réalisant par ailleurs l'extension de ce droit aux fonctionnaires que se sont élevées ces vigoureuses critiques. N'a-t-on pas été jusqu'à dire que c'était la « constitutionnalisation de la guerre privée, non pas seulement féodale, mais révolutionnaire, tendant à la construction d'un nouvel Etat » ? (215).

218. — Dans l'ancien droit, sous le régime des Corporations, la grève constituait un trouble à l'ordre public. Mais la Révolution éprise de liberté, en même temps qu'elle abolissait les Corporations par la loi « Le Chapelier », prit différentes mesures en vue d'interdire les coalitions professionnelles (Loi du 23 nivôse an II et du 22 germinal an XI). Les articles 414 à 416 du Code pénal réprimèrent le délit de coalition, mais de façon beaucoup plus sévère pour les ouvriers que pour les patrons. La seconde République reconnut tout d'abord la liberté d'association, ce qui permit la formation des coalitions. Mais la malheureuse expérience des journées de juin devait entraîner un retour à la législation antérieure, de façon moins rigoureuse toutefois. D'une part, l'inégalité primitive entre patrons et ouvriers fut supprimée et d'autre part, la sévérité des peines fut atténuée.

219. — Ce n'est que la loi du 25 mai 1864 qui supprima le délit de coalition, en y substituant un délit nouveau, celui d'entrave à la liberté du travail.

220. — Enfin, la IV^e République consacra officiellement le droit de grève (216). La déclaration des droits incluse dans le projet de constitution du 19 avril 1946 stipulait dans son article 32 : « Le droit de grève est reconnu à tous dans le cadre des lois qui le réglementent » (217). Le droit étant reconnu à tous, il était difficile que « les lois qui le réglementent » l'interdisent à certains sans se mettre en contravention avec le principe. Un amendement Denais, visant à exclure expressément les fonctionnaires fut rejeté sur le motif qu'un texte de principe ne pouvait entrer dans des cas d'espèces. Cet argument, remarquent MM. Rivero et Vedel fut fréquemment employé durant la discussion de la Constitution pour éluder un

(215) CHARLIER, article précité. J.C.P. 1948.I.729.

(216) Voir QUERMONNE (J.-L.), « Le droit public prétorien de la grève. Bilan d'un République (avec une importante bibliographie). D. 1959, Chr. p. 13.

(217) C'était en somme la consécration du « droit à la grève » plus large que le « droit de grève » (Voir sur cette distinction de HULSTER, *Le Droit de grève et sa réglementation*, Paris 1952, p. 6).

débat jugé inopportun (218). Il est vrai qu'on ajoutait que le texte, en enfermant le droit de grève, dans les conditions fixées par la loi, laissait à celle-ci la possibilité de sauvegarder le fonctionnement des services publics, affirmation discutable en raison du caractère absolu de la formule du Préambule. Le texte du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 a, par un artifice de rédaction, escamoté le problème, ce qui a fourni matière à discussion comme nous le verrons par la suite. L'alinéa 7 du Préambule de la Constitution est, en effet, ainsi libellé : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent » (219). Sous la réserve de la remarque faite précédemment (220), la Constitution du 4 octobre 1958 est muette sur ce point.

221. — Mais certains auteurs ont surtout critiqué le fait pour les Constituants de 1946 d'avoir rangé le droit de grève parmi les principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps (221). Selon M. Morange, cette proclamation s'avérerait moins nécessaire en 1946 qu'il y a 50 ans, par suite du déclin du capitalisme, car la cessation collective de travail peut porter atteinte au régime démocratique lui-même. M. Pelloux notait pour sa part, qu'en régime d'économie dirigée, le taux des traitements et salaires comme celui de la plupart des produits et services, est fixé par l'autorité administrative, sous le contrôle du Parlement : la grève apparaîtrait donc comme une atteinte au principe de la souveraineté nationale (ou celle du peuple en raison de l'équivoque voulue par les Constituants sur ce point) incarnée par l'Assemblée nationale. La formule du Préambule serait alors l'illustration d'une des nombreuses contradictions qu'il renferme, reflet des contradictions de notre époque et de notre structure politique (222). S'il est vrai que la grève est un droit d'ordre public, elle ne peut s'exercer pour autant de la même façon dans tous les domaines d'activité. Le fonctionnement régulier et ininterrompu de certaines activités est indispensable à la vie normale de la collectivité, de telle sorte que M. Charlier estime que le législateur peut aller dans certains cas jusqu'à supprimer l'exercice du droit de

(218) RIVERO et VEDEL, « Problèmes économiques et sociaux et la Constitution de 1946 ». Coll. *Droit social*. Fasc. XXXI.

(219) MM. RIVERO et VEDEL ont immédiatement souligné (voir article cité) que ce texte n'était pas heureux car il aboutissait à laisser le droit de grève à la discussion du législateur qui pouvait le refuser à qui il juge opportun et le soumettre aux conditions les plus strictes. De telle sorte que l'on se trouve « aux antipodes de la notion originale des droits de l'homme et la garantie donnée par le texte est pratiquement de nul effet ».

(220) Voir *supra*, note 119.

(221) Le commissaire du Gouvernement GAZIER dans l'affaire DEHAENE (voir *infra*) faisait allusion à « ce besoin politique et social de notre temps qu'est la grève ».

(222) PELLOUX, R.D.P. 1947, p. 347, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ».

grève (ce qui fut d'ailleurs le cas par la suite pour les services de police) (223). La Constitution n'a pas pu vouloir « le suicide de la civilisation et du peuple dont elle agence les institutions » (224). La règle qui interdit la grève dans certains secteurs est nécessairement, selon cet auteur, un de ces principes fondamentaux que notre droit reconnaît comme existant sans texte et comme équivalent à des lois et qui peuvent, par conséquent, réglementer le droit de grève d'après la Constitution même. L'exercice du droit de grève doit se concilier avec la théorie de « l'état de nécessité » et du « salut collectif » (225) qui apparaît toutes les fois que l'Etat est menacé de disparition. Au même titre que l'on essayé de justifier le principe des lois d'habilitation en dépit de la formule de l'article 13 de la Constitution de 1946, on doit admettre la suppression dans certains cas du droit de grève. Comme l'a écrit M. Chapus : « C'est parce que la fin suprême de tout système juridique est la conservation de la société qu'il régit, qu'au sommet de son ordre juridique se trouve cette « loi suprême » qui, depuis les origines mêmes du droit, s'est appelée le salut du peuple » (226).

Mais, si l'accord se fait sur le principe des limitations, on reconnaît immédiatement qu'il est difficile d'établir *a priori* une liste des activités et des cas où l'exercice du droit de grève ne peut être admis. La légitimité de la grève est une notion essentiellement contingente, car si la grève est considérée comme un moyen illégal de s'opposer aux décisions des organes de l'Etat, lorsque celles-ci sont régulières, constitutionnellement parlant, elle est considérée comme un procédé parfaitement légitime pour amener à composition un Gouvernement qui viole la Constitution, voire pour jeter bas un Gouvernement usurpateur (227). Dans ce cas, des agissements révolutionnaires sont légitimes pour répondre à des actes révolutionnaires. La résistance à l'oppression cessant d'être politiquement ou moralement blâmable, dès lors qu'elle se justifie par une sorte d'état de nécessité devient même un devoir (228). Ainsi, a-t-on pu voir des cheminots sanctionnés pour avoir refusé de s'associer et tenter d'entraver une grève déclenchée une quinzaine de jours avant la Libération (229).

M. Charlier a utilisé la notion de grève dans son essai d'illustra-

(223) Voir *infra*, n° 231.

(224) CHARLIER, article cité, J.C.P. 1948.I.729.

(225) C.E., 28 juin 1918. HEYRIES, S. 1922.3.49. Note HAURIUO. MATHIOT, « La théorie des circonstances exceptionnelles ». *Mélanges Mestre*, pp. 413 et suiv. : WALINE, note sous C.E., 7 juillet 1950, Dehaene, R.D.P. 1950, p. 691.

(226) CHAPUS, « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 », R.D.P. 1953, p. 1001.

(227) MORANGE, article précité. D. 1947, p. 117.

(228) CHARLIER, article cité. J.C.P. 1948.I.729.

(229) C.E., 20 juin 1947, Chambolle, Rec., p. 274, 27 juillet 1947, Margeot, Rec., p. 346.

tion d'une « science du temps social » (230). Il faudrait comparer dans chaque cas, d'après l'état général de la civilisation et les circonstances particulières, le rythme de chaque fonction sociale et le moment, la longueur et la fréquence des à-coups que lui infligerait telle ou telle grève. Ce qui conduirait à constater que l'intégration sociale croissante due à la fois à la mécanisation technique (déjà si avancée) et aux progrès moraux (qui restent à parfaire), oblige de plus en plus à compter que chacun remplira sa mission sans défaillance. Selon M. Charlier, cette étude devrait aboutir à la détermination d'une notion commune à toute idéologie, parce que toutes les libertés individuelles dépendent du fonctionnement correct de l'appareil collectif. De telle sorte, que la grève ne devrait pas seulement être prohibée des services publics, mais aussi de plus en plus largement dans les secteurs « d'intérêt public » et « privé ». En contrepartie, nous estimons qu'une telle recherche de la « nécessité publique » permettrait de constater que l'interruption de certaines activités de « service public » serait moins préjudiciable à la collectivité que celle de certaines activités, dites « privées ».

222. — L'analogie des problèmes posés par la grève, qu'il s'agisse du secteur public ou du secteur privé, explique le parallélisme des solutions qui leur ont été apportées dans les deux branches du droit. Dès avant la Constitution de 1946, le Conseil d'Etat avait aligné sa position sur celle de la Cour de cassation. Lorsque celle-ci considérait que la grève constituait une rupture du contrat de travail, celui-là, après avoir lui-même consacré la rupture d'un contrat de fonction publique du fait d'une grève, considéra, même après avoir rejeté l'idée de contrat, que la grève rompait le lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat (231). Selon M. Gaudemet, cette attitude s'expliquerait par le fait que le juge exprime la conscience juridique de son époque et de son milieu, or, depuis 1900, la conscience populaire a évolué sur le problème de la grève (232).

2. La grève des agents des personnes publiques.

223. — On a pu dire que dans l'état actuel des choses, la grève des fonctionnaires est un événement sinon normal, du moins légal et plus encore constitutionnel (233). Indépendamment des dispositions du Préambule de la Constitution sur ce point, on fait valoir que les fonctionnaires peuvent se syndiquer ; or, le syndicalisme implique l'action syndicale et la grève qui en est l'aboutissement, donc les fonctionnaires ont parfaitement le droit de faire grève.

(230) CHARLIER. J.C.P. 1950.I.837, « Y a-t-il un droit de grève dans les services publics ? ».

(231) GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 319.

(232) GAUDEMET, article précité. R.P.D.A. 1955, p. 184.

(233) R. CATHERINE, « La grève et les fonctionnaires », R.A. 1949, p. 337.

A ce syllogisme, on peut répliquer que du point de vue juridique, droit de grève et droit syndical sont indépendants (234). La preuve que l'on peut concevoir l'un sans l'autre nous est fournie par l'exemple de la fonction publique anglo-saxonne. En Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, on n'a cessé de faire obstacle au développement des organismes syndicaux que lorsqu'il y eut engagement de ces organismes de ne pas recourir à la grève (235).

Pour refuser aux fonctionnaires le droit de grève, on faisait valoir en général trois séries d'arguments (236). Tout d'abord, on s'appuyait sur l'idée de hiérarchie en montrant que la grève constituait une atteinte à l'obligation de subordination et d'obéissance à laquelle sont soumis les fonctionnaires, d'autant que leur participation, même minime, au pouvoir, leur donnerait une fraction correspondante des responsabilités propres du pouvoir et la révolte de ces cellules de la puissance publique contre cette même puissance publique apparaîtrait paradoxale. En second lieu, la grève apparaissait incompatible avec la situation juridique des agents de la Collectivité publique. En effet, elle a pour but d'obliger l'Etat à modifier les éléments de cette situation juridique, la rémunération par exemple, alors qu'il s'agit là d'éléments législatifs ou réglementaires, qu'il appartient à l'Administration de déterminer unilatéralement. Enfin, la « grève dans les services publics » apparaissait une notion contradictoire (237). La grève par sa nature aboutit à l'interruption de la marche d'une entreprise, or, le service public est soumis au principe fondamental de la continuité. La réalisation d'une œuvre d'intérêt général doit être poursuivie sans défaillance, de telle sorte qu'admettre la grève dans les services publics, c'est introduire la discontinuité dans ce qui est continu et du même coup nier la notion même de service public. On a pu dire, que tolérer la grève dans la fonction publique, c'était admettre l'existence d'un « Etat à éclipses » (238) et introduire dans la vie de la Cité « ces parenthèses d'anarchie qu'il est plus facile d'ouvrir que de fermer » (239). Avant 1946, la grève des fonctionnaires constituait toujours une faute disciplinaire écartant le bénéfice des garanties de la procédure disciplinaire (communication du dossier, etc.).

224. — Lorsque dans l'arrêt Winckell du 7 août 1909 (240), le

(234) WALINE, note R.D.P. 1950, p. 691 précitée.

(235) CHAVANON, Cours cité, p. 163.

(236) DE LAUBADÈRE, *op. cit.*, 2^e éd., p. 682.

(237) G. LIET-VEAUX et M. MARTIN, « Grève et service public ». R.A. 1954, p. 6.

(238) Concl. GAZIER dans l'arrêt Dehaene (voir *infra*) reprenant la formule de M. RIVERO dans sa note au *Sirey* 1948.3, p. 33.

(239) RIVERO, « Les Grèves d'août 1953 et l'évolution du droit de grève » des agents publics ». D.S. 1953, p. 517.

(240) C.E., 7 août 1909, Winckell, S. 1909.3.145. Concl. TARDIEU, note HAURIU.

Conseil d'Etat fit appel à la théorie du contrat de droit public, on peut estimer qu'il s'agissait là d'un motif de circonstance pour admettre une solution identique à celle de la jurisprudence privée. Le commissaire du Gouvernement Tardieu rappelant la position de la Cour de cassation pour qui la grève entraînait la rupture du contrat de travail, déclarait : « S'il en est ainsi en droit privé où la grève est un fait légal et où les parties en présence se trouvent sur un pied d'égalité absolue, nous estimons qu'il doit en être de même, *a fortiori*, dans le droit public, quant aux rapports qui existent entre l'Etat et un fonctionnaire. » Et ainsi, le Conseil d'Etat jugea que « la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par application de la loi pénale ; que par son acceptation de l'emploi qui lui est confié, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec la continuité essentielle à la vie nationale ; qu'en se mettant en grève, les agents préposés au service public ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'Administration ».

225. — Par la suite, tout en abandonnant l'idée de contrat de fonction publique, le Conseil d'Etat n'en continua pas moins à considérer qu'en se mettant en grève, le fonctionnaire s'excluait du service et se mettant ainsi en dehors du statut ne pouvait s'en prévaloir en ce qui concerne la procédure disciplinaire (241). S'agissant d'actes de grève antérieurs à la promulgation de la Constitution de 1946, le Conseil d'Etat adopta la même attitude en 1947 (242).

226. — Par ailleurs, sans qu'il y ait de détournement de pouvoir, le Gouvernement pouvait utiliser les moyens dont il disposait constitutionnellement ou légalement pour défendre la continuité de la vie nationale (243). S'agissant d'une grève des chemins de fer, le Gouvernement put décréter leur mobilisation pour une période militaire et leur fit assurer leur service en tant que soldats (244). De même le Conseil d'Etat estima que, lorsque des

(241) C.E., 2 octobre 1937, Dlle Minaire, S. 1940.3.13, concl. LAGRANGE, D. 1938.3.49, note EISENMANN.

(242) C.E., 18 avril 1947, Jarrigion, S. 1948.3.33, note RIVERO.

(243) VEDEL, Cours cité, p. 912.

(244) C.E., 18 juillet 1913. Syndicat National des Chemins de Fer. S. 1914.3. p. 1, note HAURIOL.

circonstances exceptionnelles justifiaient l'exercice de la réquisition d'une même catégorie d'objets ou de services sur l'ensemble du territoire, dans des conditions identiques, le Chef de l'Etat, usant des pouvoirs qu'il tenait de l'article 3, § 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 pouvait prononcer des réquisitions par décret, dans le cadre des réquisitions militaires prévues par la loi du 3 juillet 1877 (245). L'emploi de tels procédés n'était donc pas seulement limité aux grèves des fonctionnaires. Mais si les dispositions de l'article 126 du Code pénal punissant les démissions concertées pouvaient normalement s'appliquer, s'agissant de la « grève des élus » (246) par contre, les articles 123 et 124 punissant les coalitions de fonctionnaires, constituées par « tout concert de mesures contraires aux lois, pratiquées par la réunion d'individus ou des corps dépositaires de quelque partie de l'autorité publique » pouvaient difficilement être appliquées aux grèves de fonctionnaires (247).

227. — Le développement des services publics, industriels et commerciaux contribua à la formation d'un prolétariat au sein de la fonction publique au sens large. Un traitement particulier des deux prolétariats, public et privé, ne se justifiait pas. Comme devait le souligner le commissaire du Gouvernement, Gazier, dans l'affaire Dehaene « en maintenant contre vents et marées, la jurisprudence traditionnelle qui déclare illicite toute grève des services publics, ce serait sur cette question fondamentale du droit de grève, opposer radicalement les agents des services publics aux salariés de droit commun, alors que toute l'évolution de ces dernières années tend à les rapprocher et pour ce motif, de plus en plus démenti par les faits que la présence au travail des premiers seuls, et non des autres, importerait à la continuité de la vie nationale ».

Cette attitude eut été d'autant moins concevable au lendemain de la Constitution de 1946.

228. — La formule du Préambule que nous avons déjà citée (248), était d'une application aisée, s'agissant des salariés privés pour qui l'exercice du droit de grève était déjà réglementé par les dispositions du Code du travail. Pour les agents des personnes publiques, au contraire, la mention du droit de grève dans le Préambule soulevait d'une part, le problème de la portée de cette formule et d'autre part, celui de la valeur du Préambule.

229. — Tout d'abord, on pouvait considérer qu'en l'absence des « textes qui le réglementent », le droit de grève n'existait pas

(245) C.E., 5 décembre 1941, Sellier, S. 1942.3.25, note MESTRE.

(246) Cass. Crim., 6 décembre 1907, D. 1910.I.53, S. 1908.I.433.

(247) Voir *contra*, Tribunal civil Seine, 4 décembre 1934, D.P. 1935, p. 57, et note critique de M. WALINE.

(248) *Supra*, n° 220.

en faveur des fonctionnaires. Non seulement il n'existait aucun texte permettant la grève, contrairement à la situation des salariés privés mais des « lois » non écrites, certaines, telle la loi de la continuité du service public s'opposent à elle. Dès lors, en attendant les lois qui, en réglementant le droit de grève, consacreront son existence, rien n'était changé pour les fonctionnaires à qui le recours à la grève demeurerait interdit. A l'opposé, une seconde interprétation du texte du Préambule concluait à l'existence d'un droit de grève sans aucune limite. La formule générale du Préambule visait également les fonctionnaires. Une loi pourrait limiter le droit de grève, mais en attendant il n'y avait aucune limite. On tirait d'ailleurs argument de deux lois spéciales intervenues en 1947 et 1948 pour dire qu'une loi était nécessaire pour que le droit de grève fut limité.

Comme le souligne M. Chavanon entre ces deux interprétations logiques, la jurisprudence en a choisi une troisième, moins logique certes, mais plus sage et opportune.

230. — S'agissant de la valeur juridique du Préambule, le Conseil d'Etat, contrairement à la doctrine, a éprouvé quelque hésitation à reconnaître force juridique au préambule.

Dans ses conclusions dans l'affaire Dehaene, le commissaire du Gouvernement Gazier, considérait que « notre droit public ne regarde pas les dispositions formulées dans les déclarations de droits ou les préambules des constitutions comme des prescriptions juridiques de nature constitutionnelle, ni même législative ». Egalement membre du Conseil d'Etat, M. Chavanon, dans son cours professé à l'Institut d'études politiques, considérait que la formule du Préambule constituait une invitation faite au législateur d'intervenir, mais n'avait pas en soi la valeur d'obligation. Comme le remarque M. Odent, on peut considérer que, du moins pour le Conseil d'Etat, la plupart des principes énoncés dans le Préambule apparaissent comme des principes généraux du droit, que les activités publiques ne sauraient méconnaître sans illégalité (249).

Le Conseil d'Etat fit allusion dans l'arrêt Dehaene, à l'invitation adressée au législateur par l'Assemblée constituante. Dans l'arrêt Fédération Nationale de l'Eclairage du 10 novembre 1950, la Haute Juridiction administrative jugea que le moyen tiré par la Fédération requérante des termes du Préambule de la Constitution est inopérant à l'égard d'un acte pris par le Gouvernement en application des dispositions d'une loi en vigueur (250). Comme

(249) ODENT. *Contentieux administratif*, 1957-58, p. 93.

(250) Dans l'avis du 6 février 1953, relatif à l'article 13 de la Constitution, le Conseil d'Etat prit en considération « la tradition constitutionnelle répu-

l'a souligné M. Waline, cette formule pouvait s'interpréter de deux façons : ou bien le Conseil d'Etat ne reconnaissait pas la valeur de droit positif (ou en tout cas, valeur constitutionnelle), au Préambule (comme dans l'arrêt Dehaene), ou bien, il estimait ne pouvoir statuer sur ce moyen sans porter de jugement sur la conformité ou non-conformité de certaines lois à la Constitution (alors qu'il se refuse à contrôler la constitutionnalité des lois) (251). Mais dans un arrêt récent, le Conseil d'Etat « semble avoir franchi le pas » selon l'expression de M. Waline ; un arrêt du 7 juin 1957 (252) vise « la Constitution de la République française » et dans ses considérants, il rappelle que le préambule de la Constitution se « réfère » à la Déclaration des Droits de l'Homme dont le requérant invoquait la violation.

La doctrine, au contraire, a toujours reconnu une certaine valeur juridique au Préambule, mais le Préambule n'a pas une valeur juridique uniforme. En tant que « partie intégrante de la Constitution » il a force juridique constitutionnelle (253). Mais, seules pourront être prises en considération les dispositions du Préambule qui sont formulées avec assez de précision juridique pour pouvoir être appliquées, sans l'intervention préalable d'une disposition législative ou réglementaire d'application (254), à l'exclusion des parties du Préambule, qui, en raison de leur imprécision ne peuvent être ramenées à des prescriptions assez rigoureuses pour être de véritables règles de droit (255). Donc, il y aurait lieu de distinguer les règles de droit positif et les règles de programme (256) qui auraient la valeur purement morale ou politique d'un conseil donné à l'autorité législative.

Le droit de grève aurait ainsi la valeur d'une règle de droit positif, mais si, selon M. Waline, le législateur ne pourrait qu'en réglementer l'exercice sans aller jusqu'à le supprimer complètement à l'égard d'une catégorie déterminée d'individus, pour M. Pelloux au contraire, la formule du Préambule ne ferait pas obstacle à ce que la loi refuse le droit de grève à telle ou telle catégorie de travailleurs. Il semble cependant que cette dernière interprétation, bien qu'elle ne soit peut-être pas entièrement con-

blicaine, résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule ».

(251) Note sous C.E., 7 juin 1957, Condamine, R.D.P. 1958, p. 98.

(252) Voir références précitées.

(253) PELLOUX, « Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », R.D.P. 1947, p. 347.

(254) WALINE, note sous arrêt Dehaene.

(255) VEDEL, *Manuel de droit constitutionnel* 1949, p. 326 ; *Droit administratif* 1958, I, p. 145.

(256) BURDEAU, « Cours de droit constitutionnel ». D.E.S. *Droit public* 1953-1954, p. 190.

forme à l'analyse littérale de la formule du Préambule, car « interdire » n'est pas « réglementer », ait prévalu.

231. — En effet, deux lois spéciales postérieures à la Constitution de 1946 sont venues interdire le droit de grève à certaines catégories d'agents publics. La loi du 27 décembre 1947 portant réorganisation des Compagnies républicaines de sécurité (C.R.S.), stipule dans son article 6 que « le droit syndical est reconnu aux commandants, officiers, gradés et gardiens des C.R.S... Toutefois, ils ne jouissent pas du droit de grève ; toute cessation concertée ou non du service est assimilable à un abandon de poste et punie comme tel ». La loi du 28 septembre 1948 sur les personnels de police est plus nuancée. Elle dispose, dans son article 1^{er}, « qu'en raison du caractère particulier de leurs fonctions et des responsabilités exceptionnelles qu'ils assument, les personnels de police constituent dans la fonction publique une catégorie spéciale. » En conséquence, si l'exercice du droit syndical leur est reconnu, toute cessation concertée du service, tout acte collectif d'indiscipline caractérisée pourra être sanctionné en dehors des garanties disciplinaires (article 2). Un projet de loi plus ambitieux avait été établi à un certain moment, par les services du Secrétariat d'Etat à la Présidence du Conseil. La grève devait être interdite aux personnes occupant des fonctions « dont l'exercice continu est indispensable à la vie nationale ». La liste de ces personnes devrait être dressée « par décret, adopté en Conseil des ministres, puis sur rapport du ministre intéressé, du ministre de l'Intérieur et du ministre chargé de la fonction publique ». Ce projet ne vit jamais le jour. Par contre, l'interdiction du droit de grève pour les agents de l'Administration pénitentiaire longtemps mise à l'étude fut décidée par le gouvernement de Gaulle et promulguée par ordonnance dans le cadre des pleins pouvoirs accordés par le Parlement le 3 juin 1958.

Une ordonnance du 6 août 1958 « relative au statut spécial des personnels des services extérieurs de l'administration pénitentiaire », après avoir précisé, dans son article 2, que « le statut ne pourra porter atteinte au libre exercice du droit syndical », prévoit à l'article 3 : « Toute cessation concertée du service, tout acte collectif d'indiscipline caractérisée de la part des personnels des services extérieurs de l'Administration pénitentiaire sont interdits. Ces faits, lorsqu'ils sont de nature à porter atteinte à l'ordre public, pourront être sanctionnés en dehors des garanties disciplinaires. » Cette dernière disposition risque d'être appliquée très souvent, car une grève des gardiens des prisons, comme celle qui eut lieu du 16 au 26 juillet 1957 est manifestement de nature à porter atteinte à l'ordre public.

Par ailleurs, l'ordonnance du 22 décembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature, interdit aux magistrats « toute action concertée de nature à arrêter ou entraver le

fonctionnement des juridictions » (art. 10, al. 3). Ce qui revient à leur interdire le droit de grève.

232. — Alors que la loi du 14 septembre 1941 portant statut général des fonctionnaires avait formellement interdit le droit de grève dans son article 17, l'ordonnance du 4 février 1959 (257) comme la loi du 19 octobre 1946 est muette sur ce point. Périodiquement, des propositions de loi tendant à réglementer le droit de grève sont déposées sur le bureau de l'Assemblée nationale (258). Nous verrons que, s'agissant des salariés soumis au régime des Conventions collectives, la loi du 11 février 1950 a prévu dans son article 4 que seule la faute lourde rompait le contrat de travail.

233. — Le Conseil d'Etat se prononça le 7 juillet 1950 (arrêt Dehaene), sur la portée de l'affirmation contenue dans le Préambule de la Constitution de 1946, au regard des agents publics (259). « Considérant qu'en indiquant dans le Préambule de la Constitution que le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent, l'Assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue l'une des modalités et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte... Considérant qu'en l'absence de cette réglementation, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation, il appartient au Gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ; considérant qu'une grève qui, quel qu'en soit le motif, aurait pour effet de compromettre dans ses attributions essentielles l'exercice de la fonction préfectorale, porterait une atteinte grave à l'ordre public ; que, dès lors, le Gouvernement a pu légalement faire interdire et réprimer la participation des chefs de bureaux de préfecture à la grève de juillet 1948 ». Cet arrêt constitue un véritable arrêt de principe dont la portée n'a pas échappé à la jurisprudence judiciaire (260).

(257) Il paraîtrait cependant que le Conseil d'Etat, lorsque lui fut soumis le projet gouvernemental, avait proposé une réglementation du droit de grève inspirée par la jurisprudence qu'il avait établie depuis 1950, mais cette suggestion ne fut pas retenue (voir *Le Monde*, du 7 février 1959).

(258) Voir sur ce point. DURAND, *op. cit.*, T. III, n° 234, pp. 810 et suiv.

(259) C.E., 7 juillet 1959, Dehaene, D. 1950, p. 538, note GERVAIS, S. 1950. 3.109, note J.D.V., D.S. 1950, p. 317, R.A. 1950, p. 366, R.D.P. 1950, p. 691. Concl. GAZIER et note WALINE, G.A.A., p. 313, n° 92.

(260) Voir Cass. Soc., 27 janvier 1956, D. 1956, p. 481, note GERVAIS.

Comme l'a souligné M. Waline (261), la solution adoptée par le Conseil d'Etat est « manifestement contraire aux termes clairs et précis du Préambule qui a entendu réserver au seul législateur le pouvoir de réglementer le droit de grève. Elle ne peut se justifier que si on admet l'existence d'une règle de droit coutumière de valeur supra constitutionnelle posant la nécessité primordiale du fonctionnement continu et régulier des services publics essentiels à la vie nationale ». Cette idée correspond à celle que nous avons déjà relevée selon laquelle « par-dessus toutes les règles de droit écrites, il y a une règle de droit non écrite qui, d'ailleurs, s'identifie avec la nature des choses, à savoir qu'il faut que l'Etat continue, que la vie nationale continue » (262). Le respect du droit est une belle chose, mais quand il n'y aura plus d'Etat, il n'y aura plus de droit d'où la nécessité de préserver l'Etat menacé de disparition. Pour reprendre l'expression de M. Waline, « la raison d'Etat ne l'emporte pas sur la légalité » mais « sans Etat, la légalité disparaîtrait ».

Contrairement à ce qu'ont pu penser certains auteurs (263), le fait que le Conseil d'Etat n'ait pas fait mention expressément dans l'arrêt Dehaene du principe de la continuité des services publics, n'autorise pas à conclure au déclin de cette notion. En effet, la continuité des services publics est incluse dans les nécessités de l'ordre public expressément visées par le Conseil d'Etat et le bon fonctionnement des services publics dont le Gouvernement est responsable selon le Conseil d'Etat ne peut se concevoir sans cette continuité (264).

Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il reconnu le droit au Gouvernement de pallier les inconvénients résultant de la carence du législateur et de prendre des mesures qui, pour assurer le bon fonctionnement des services publics, restreignaient l'exercice du droit de grève. Périodiquement, des circulaires ont été édictées en ce sens. Une circulaire du 27 novembre 1947 interdit la grève sous menace de sanctions disciplinaires aux fonctionnaires au-dessus du grade de sous-chef de bureau et pour les agents absolument indispensables à la marche des services (standardistes et radios, cyclistes, chauffeurs, plantons, pompiers, veilleurs, concierges, personnel médical et infirmier, agents affectés à un service de garde et de surveillance, etc.). Autrement dit, la grève est pratiquement interdite aux « agents d'autorité » et aux « agents de sécu-

(261) WALINE, D.A., 7^e éd., p. 782.

(262) VEDEL, Cours cité, p. 918.

(263) B. JEANNEAU, *Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, 1954, p. 112. Voir dans le même sens : RIVERO, D.S., 1951, p. 594, et note GERVAIS, D. 1950, p. 538.

(264) Voir dans le même sens, note WALINE précitée, R.D.P. 1950, p. 691 et CHAVANON, Cours cité, p. 167.

rité » (265). Une circulaire identique fut diffusée le 9 août 1953 au moment de la vague de grèves qui déferla sur les services publics à cette époque. Au lendemain de ces grèves, de nouvelles dispositions furent prises, qui, si elles n'eurent pas la publicité du *Journal Officiel* dans sa partie consacrée aux lois et règlements, furent cependant publiées dans la partie consacrée aux débats parlementaires de l'Assemblée nationale (266). En effet, à la séance du 8 octobre 1953, M. Jules Moch fit allusion à une circulaire du Président du Conseil, adressée à ses collègues au mois de septembre et aux termes de laquelle : « Ne pourront participer à une cessation concertée, totale ou partielle du travail, à raison des responsabilités particulières qui leur incombent : a) les magistrats de l'ordre judiciaire ; b) les fonctionnaires et agents de l'Etat participant à l'action gouvernementale. Sont considérés comme tels les fonctionnaires soumis aux dispositions de la loi du 19 octobre 1946, classés dans la catégorie A visée à l'article 24 de ladite loi (il s'agit des fonctionnaires au sommet de la hiérarchie), ainsi que les agents temporaires et contractuels de l'Etat bénéficiant d'un traitement au moins égal à celui des administrateurs civils de 3^e classe ; c) les fonctionnaires et agents qui occupent des emplois indispensables à la sécurité physique des personnes, à la conservation des installations et du matériel, ainsi qu'au fonctionnement des liaisons indispensables à l'action gouvernementale ». De même, lors de la grève des fonctionnaires du 19 novembre 1957, le Gouvernement déclara qu'il ne pouvait pas empêcher un arrêt de travail légal, mais qu'il allait s'efforcer tout au moins d'en limiter la portée (267). Il déclara avoir pris un certain nombre de dispositions, notamment pour ordonner aux fonctionnaires de sécurité, d'autorité et de responsabilité de demeurer à leurs postes. Des circulaires leur enjoignant cet ordre furent envoyées à titre individuel, le refus de déférer à un tel ordre personnel devant entraîner des sanctions disciplinaires. Ainsi, au ministère des Finances, tous les fonctionnaires ayant au moins le grade d'administrateurs civils, étaient tenus d'assurer leur service. Par contre, aucune mesure de cet ordre ne fut prise pour le personnel enseignant, en raison de la place particulière qu'il occupe dans la fonction publique.

Après avoir posé dans l'arrêt Dehaene, la licéité du principe de la grève, le Conseil d'Etat a par une série d'arrêtés, déterminé d'une part, l'étendue des droits des fonctionnaires grévistes et défini d'autre part, les pouvoirs du Gouvernement sans les limiter.

234. — Tout d'abord, contrairement à la situation avant

(265) Note GÉRAIS, D. 1950, p. 538.

(266) Assemblée Nationale, 8 octobre 1953 (2^e séance). J.O., Déb. parlem., p. 4118.

(267) *Le Monde*, 19 novembre 1957.

1946 (268), le fonctionnaire gréviste ne perd plus le droit aux garanties de la procédure disciplinaire, qu'il s'agisse d'un simple blâme (269), ou d'une mesure de licenciement (270). Par ailleurs, le Conseil d'Etat a dû préciser la notion d'« usage abusif » du droit de grève à laquelle il avait fait allusion dans l'arrêt Dehaene. C'est ainsi qu'une grève de caractère purement professionnel, d'une heure, qui avait pris fin dès l'intervention d'une décision ministérielle portant ordre de reprise du travail n'a pu constituer une faute disciplinaire (271). Pour sa part, M. Waline, s'appuyant sur la jurisprudence aux termes de laquelle, l'abus de droit peut résulter de la « brusquerie » et du « caractère inattendu » d'une décision (272), considère qu'en ce qui concerne le droit de grève, la cessation de travail sans préavis et sans négociations préalables serait abusive (273).

235. — S'agissant des pouvoirs du Gouvernement, le Conseil d'Etat a tout d'abord maintenu sa jurisprudence antérieure relative à l'usage du droit de réquisition (274). La Haute Juridiction administrative a admis la légalité d'un décret de réquisition pris « en vue d'assurer la continuité du fonctionnement d'un ensemble de services ou d'entreprises indispensables pour assurer les besoins du pays » et cela « quelle que soit la cause de l'arrêt de ces services auquel il entendait parer » (275). Mais surtout le Conseil d'Etat a été appelé à se prononcer sur la légalité des mesures préventives prises par les pouvoirs publics en vue de restreindre l'exercice du droit de grève des agents publics. Ainsi a-t-il admis la légalité d'une circulaire du ministre d'Etat chargé de l'Information limitant par avance l'exercice du droit de grève par certains

(268) Cf. Jurisprudence Winckell et Dlle Minaire, déjà citée.

(269) C.E., 8 février 1952, Pagneux, Vallin, Bellard, D. 1953, p. 8.

(270) C.E., 25 mars 1955, Rousset, R.P.D.A. 1955, p. 184, note GAUDEMET.

(271) C.E., 18 février 1955, Bernot, Rec., p. 97.

(272) C.E., 22 novembre 1929, Cie des Mines de Siguiri, S. 1930.3.17, note BONNARD.

(273) Note à la R.D.P. 1950 précitée.

(274) Le droit de réquisition prévu par la loi du 11 juillet 1938 portant organisation de la nation pour le temps de guerre a été prorogé *sine die* par la loi du 28 février 1950 et confirmé par l'ordonnance du 7 janvier 1959 (art. 45).

(275) C.E., 10 novembre 1950, Fédération Nationale de l'Eclairage, D.S. 1951, p. 597, Concl. AGID, S. 1951.3.10, note P. FONT-REAUXX. Voir également RIVERO. « Le droit positif de la grève dans les services publics », D.S. 1951, p. 591. Pour la période 1936-1939, voir la liste des décrets de réquisition dans l'article de M. REUTER, « Le droit de réquisition et les conflits du travail », D.S. 1939, p. 90. Pour la période postérieure à 1945, on peut citer le décret du 7 octobre 1948 (réquisition du personnel des cokeries minières), le décret du 8 mars 1950 (réquisition du personnel des entreprises et exploitations électriques et gazières), le décret du 20 mars 1951 (réquisition du personnel de la S.N.C.F.), le décret du 7 août 1953 (même objet). Voir sur ce point DURAND, *op. cit.*, T. III, p. 759, note 1). *Adde* : décret du 12 juin 1959 (réquisition du personnel de la S.N.C.F.).

fonctionnaires de la R.T.F. (276). Par contre, le Conseil d'Etat n'a pas admis que l'appartenance à une catégorie ou la référence à l'importance du traitement puisse à elle seule justifier l'interdiction de faire grève (277). De même, la Haute Juridiction administrative a annulé une circulaire en date du 14 août 1957 par laquelle le ministre de l'Intérieur avait interdit d'une manière permanente et absolue l'exercice du droit de grève à tous les agents du service mécanographique dépendant de son département. Le Conseil d'Etat a en effet estimé que la nature des fonctions exercées par cette catégorie d'agents n'était pas telle que toute grève de leur part puisse être regardée comme portant aux nécessités de l'ordre public une atteinte de nature à justifier une interdiction aussi générale et aussi absolue de l'exercice de ce droit (278).

Mais ce contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat sur les conditions d'exercice du droit de grève reconnu par le Préambule de la Constitution n'est pas sans soulever des problèmes comme l'a souligné M. Gaudemet, tant au regard des principes traditionnels du droit des libertés publiques, qu'au regard des bases de notre organisation constitutionnelle (279).

236. — En premier lieu la jurisprudence du Conseil d'Etat consacre une extension des pouvoirs du Gouvernement dans le domaine des libertés publiques, en admettant que le droit de grève reconnu par la Constitution peut être réglementé par de simples circulaires administratives. Cette solution est difficilement compatible avec les termes mêmes du Préambule qui, comme nous l'avons déjà signalé, prévoyait que cette réglementation serait l'œuvre du législateur. Mais de plus, cette compétence gouvernementale est contraire aux principes de la Déclaration des droits de 1789 qui ont été repris par le Préambule de la Constitution de 1946. Car les articles 4 et 5 de cette déclaration stipulaient que les limites aux droits naturels de chaque homme seraient déterminées par la loi et que tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. M. Gaudemet releva d'autre part, que si l'article 72 de la Constitution de 1946 attribuait à la compétence du Parlement le régime des libertés publiques dans les territoires d'outre-mer, il devait en être de même dans la métropole. D'ailleurs la doctrine (280) consacre unanimement le domaine des libertés indivi-

(276) C.E., 14 mars 1956, Hublin, R.P.D.A. 1956, p. 84, note GAUDEMET.

(277) C.E., 28 novembre 1958, Lépouse, A.J. 1958.I.128, Chronique de jurisprudence de MM. GALABERT et COMBARNOUS, C.J.E.G. 1958, p. 195, note A.C. — D. 1959, p. 263, note QUERMONE, R.D.P. 1959, 307, note WALINE.

(278) C.E., 10 juin 1959, Synd. Nat. des Pers. des Préf., R.D.P. A. 1959, n° 234, p. 117.

(279) Voir dans le même sens chronique QUERMONE précitée, D. 1959, p. 13.

(280) DE LAUBADÈRE, D.A., 2^e éd., n° 360, p. 188 ; ODENT, *Contentieux administratif*, 1957-58, p. 127 ; WALINE, D.A., 7^e éd., 1957, p. 120 ; VEDEL, D.A. 1958, p. 133.

duelles comme matière législative réservée à la compétence exclusive du Parlement. Et il n'y a aucune comparaison entre les pouvoirs reconnus au maire dans ce domaine et ceux que le Gouvernement peut exercer en matière de droit de grève.

On peut soutenir que, sur ce point, la Constitution du 4 octobre 1958 ne s'éloigne pas des principes que l'on avait pu déduire de la Constitution de la IV^e République. En effet, on peut considérer que le rappel du Préambule de la Constitution de 1946 implique, par lui-même, qu'il appartient toujours au législateur de réglementer le droit de grève. Par ailleurs, l'article 34 de la nouvelle Constitution dispose d'une manière générale que « la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». D'autre part, s'agissant des agents publics, ce même article 34 déclare que la loi fixe les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires. Il en résultera que conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, déjà citée, le Gouvernement ne pourra pas supprimer les garanties disciplinaires des fonctionnaires en cas de grève.

237. — En second lieu, le fait que cette compétence s'exerce sous le contrôle du juge n'est pas sans incidence sur les bases de notre organisation constitutionnelle. En effet, ce que consacre le Conseil d'Etat c'est la suppléance du Gouvernement à la défaillance du Parlement, et cela sous le contrôle du juge. De telle sorte que, sous la Constitution de 1946, M. Gaudemet avait pu écrire : « Tandis que les théoriciens du droit constitutionnel nous enseignaient que notre régime parlementaire frisait le gouvernement d'assemblée, l'arrêt Hublin nous montre que nous côtoyons plutôt le gouvernement des juges » (281). Il semblait effectivement d'ailleurs que le domaine où « la loi s'efface devant le décret, voire l'arrêté ou la circulaire » n'était pas limité à l'époque au seul droit de grève et l'on pouvait tout aussi bien citer la réforme fiscale, et la réorganisation administrative. Et, si pour reprendre l'image de M. Gaudemet, « ce serait à peine forcer la note que de dire que le pouvoir politique déserte peu à peu la scène du Palais-Bourbon pour se réfugier au Palais-Royal », le seul contrôle du juge n'était pas sans présenter des inconvénients. Le commissaire du Gouvernement, Fr. Gazier, le déclarait lui-même dans l'affaire Dehaene : « Lorsque dans un Etat l'autorité constituante est volontairement équivoque, l'autorité législative systématiquement défaillante, l'autorité gouvernementale perpétuellement hésitante, ce n'est pas le juge seul qui peut redresser la situation. »

Certes, la Constitution de 1958 a bouleversé la hiérarchie des normes juridiques en faisant du Parlement un législateur d'attribution, tandis que le Gouvernement devenait législateur de droit

(281) GAUDEMET, note précitée, p. 86.

commun (282). Du moins, le Parlement peut réglementer le droit de grève et on ose espérer qu'il interviendra enfin dans ce domaine pour que, selon l'expression de M. Quermonne, la Haute Juridiction administrative soit « enfin dispensée de relayer le Pouvoir ».

Il est certain que le Conseil d'Etat a essayé de concilier ce qui est difficilement conciliable, car il apparaît difficile de tolérer la grève dans les services publics en la rendant inoffensive, alors que, par définition même, la grève a pour objet, comme nous l'avons vu, de nuire. « Prétendre la limiter de telle sorte que le service continue est, soit un leurre, soit une hypocrisie, une interdiction de fait qui ne s'avoue pas. Et l'avantage psychologique d'une interdiction ferme est perdu, l'équivoque créée par les constituants se perpétue plutôt qu'elle n'est dissipée » (283). M. Rivero a considéré au lendemain de la vague de grèves de 1953 que le Conseil d'Etat avait tenté « le mariage de l'eau et du feu; à l'épreuve le couple se révèle contre nature » (284). Mais s'il est vrai que le droit peut difficilement faire une place à l'épreuve de force imposée au pouvoir légal que constitue la grève des agents publics, il n'en demeure pas moins que le rapprochement des frontières juridiques entre les différentes situations d'agents publics et de salariés privés a entraîné également un rapprochement psychologique. M. Rivero a constaté (285) qu'à l'heure actuelle, il se fait « dans l'esprit des agents une représentation de leur condition juridique qui efface toute distinction entre le droit de la fonction publique et le droit commun applicable aux rapports privés du travail ». Il est certain que ce mouvement de glissement du droit de la fonction publique vers le droit commun du travail que nous avons déjà signalé à maintes reprises et qui semble achevé dans l'esprit de bon nombre d'agents au service de collectivités publiques n'a fait une fois de plus en matière de grève, que devancer un mouvement déjà amorcé et bien en train dans la réalité juridique. Le parallélisme entre l'évolution de la jurisprudence administrative et celle des règles du

(282) Voir notamment J. RIVERO, « Regard sur les institutions de la V^e République », D. 1958, chronique p. 259. — G. MORANGE, « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », D. 1959, chronique p. 21. — P. DURAND, « La décadence de la loi dans la Constitution de la V^e République », J.C.P. 1959.I.1470. — J. CHATELAIN, La nouvelle Constitution et le régime politique de la France, 1959, p. 109. — DE SOTO, « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », R.D.P. 1959, p. 240. — M. MARTIN, « Une nouveauté constitutionnelle : la distinction entre les domaines législatif et réglementaire », R.P.D.A., décembre 1958, pp. 7 et 8. — F. L'HUILIER, « La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la constitution du 4 octobre 1958 », D. 1959, chronique p. 173. — M. WALINE, « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », R.D.P. 1959, p. 699.

(283) Note GERVAIS, précitée, D. 1950, p. 538.

(284) Chronique de M. RIVERO, précitée, D.S. 1953, p. 517.

(285) Voir référence citée *supra*.

droit privé relative aux effets de la grève sur le contrat de travail s'est maintenu au lendemain de la promulgation de la Constitution de 1946 et de la loi sur les Conventions collectives de 1950. Au même titre que primitivement, le Conseil d'Etat reconnaissait que le fonctionnaire gréviste brisait le lien de fonction publique et qu'il s'excluait lui-même de l'Administration par sa participation à la grève, au temps où la Cour de cassation considérait que la grève entraînait la rupture du contrat de travail, de même à l'heure actuelle, depuis qu'en droit privé, comme nous allons le voir, a été posée la règle suivant laquelle « la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde du salarié », la juridiction administrative a cessé d'affirmer que la grève des agents publics les excluait automatiquement de la fonction publique (286). Pour résumer, le droit positif (287) on peut dire que le droit de grève existe en principe dans les services publics comme dans les entreprises privées.

Mais d'une part, dans tous les services publics, le Gouvernement peut, en vertu des pouvoirs inhérents à ses responsabilités prendre toutes les mesures propres à prévenir les atteintes que la grève pourrait apporter à l'ordre public et à l'intérêt général. Et, d'autre part, dans les services dont le fonctionnement continu est indispensable pour assurer les besoins du pays, le Gouvernement tire de la loi du 11 juillet 1938, et des textes qui l'ont prorogée ou confirmée le pouvoir de recourir à la réquisition pour faire échec à la grève, la même règle étant applicable comme nous allons le voir maintenant, dans les mêmes hypothèses, aux entreprises privées.

Le rapprochement du droit de grève des agents publics et de celui des salariés privés, s'inscrit, nous l'avons dit dans le cadre plus vaste du rapprochement des conditions juridiques de ces deux catégories de préposés.

Dès lors qu'il n'existe plus de différence spécifique entre un agent au service d'une personne publique et celui au service d'un commettant privé, s'agissant du droit de grève, un nouveau regroupement va se faire indépendamment du statut des agents, pour ne plus s'attacher qu'à la plus ou moins grande nécessité sociale du service, public ou privé auquel ils appartiennent. Comme l'a souligné le commissaire du Gouvernement Gazier, dans l'affaire Dehaene, « la ligne de démarcation entre les activités professionnelles qui ne peuvent être interrompues sans atteinte profonde à la vie nationale et celles qui peuvent s'accommoder de la grève ne coïncide pas, et, il s'en faut avec celle qui oppose les agents des services publics, relevant du droit disciplinaire, aux salariés de droit privé, soumis au régime des Conventions collectives ».

(286) Note GAUDEMET précitée, R.P.D.A., 1955, p. 184.

(287) Chronique RIVERO, précitée. D.S. 1951, p. 591.

3. La grève des agents des personnes privées (288).

238. — Si la licéité de la grève des salariés privés n'a plus été remise en cause (289) depuis la suppression du délit de coalition en 1864, la question des effets de la grève sur le contrat de travail restait entière. Une partie de la doctrine se prononçait pour la thèse de la suspension du contrat de travail par la grève (290). A l'appui de cette thèse, on pouvait faire valoir qu'il n'y avait pas, chez les grévistes de volonté de rompre le contrat de travail. Et Jaurès pouvait écrire dans *L'Humanité* du 16 mai 1904, que le droit de grève loin d'être la rupture du contrat de travail est l'exercice d'une des clauses implicites et essentielles du moderne contrat de travail. L'originalité de la grève apparaissait aux yeux de ces auteurs (291) en ce qu'elle constituait une cause licite d'inexécution volontaire du contrat, exclusive par sa nature même de toute idée de résiliation. Et en cas de grève illégitime, on ne devait pas considérer qu'il y avait rupture automatique, mais simple inexécution fautive du contrat autorisant l'employeur à résilier le contrat sans respecter le délai-congé. D'autre part le caractère licite de la grève semblait constituer un obstacle à l'acceptation de l'idée d'une rupture du contrat. Comme le soulignait M. Scelle : « L'usage du droit de grève, s'il est légitime, ne saurait admettre aucune sorte de sanction, même indirecte et en particulier la sanction très grave du congédiement. La grève est un moyen de modifier une situation juridique collective et objective, elle est le succédané d'une organisation juridictionnelle insuffisante ou inexistante (292). » Ainsi la grève objet d'une liberté donnée au salarié pour améliorer ses conditions de travail et défendre ses intérêts professionnels ne pouvait entraîner la rupture du contrat car alors « l'arme donnée au salarié pour améliorer son sort se retournerait contre lui » (293). Et cependant approuvée par certains auteurs (294) la Cour de cassation consacrait avant la seconde guerre mondiale le principe de la rupture du contrat en s'appuyant sur les articles 1184 et 1780 du Code civil (295) relatifs à la résolution des conventions pour inexécution des obligations et du droit de résiliation des conventions de louage de services à durée indé-

(288) Voir BRUN et GALLAND, *op. cit.*, pp. 882-922; DURAND, T. III, pp. 701-894.

(289) Hormis durant le régime de Vichy, la Charte du Travail (art. 5) ayant interdit la grève.

(290) Voir notamment PLANIOL, note sous Cass., 4 mai 1904, D. 1904.I.289; COLIN, note sous Cass., 15 mai 1907, D. 1907.I.369; WAHL, S. 1903.I.465 sous Cass., 18 mars 1902; SALEILLES, D.S. 1939, p. 266.

(291) Note DURAND, sous Cass., 15 juin 1937, D.S. 1938, p. 58.

(292) SCELLE, *Le Droit ouvrier*, 1929, p. 118.

(293) DURAND, note sous Tribunal civil Seine, 21 avril 1948, D.S. 1948, p. 262.

(294) ROUAST, note au *Dalloz*, 1928.I.33, et 1938.I.23.

(295) Cass. 18 mars 1902, S. 1903.I.465; Cass. 4 mai 1904, D. 1904.I.289.

terminée. A l'inverse, la Cour supérieure d'arbitrage et certaines juridictions inférieures (296) se prononçaient en faveur de la thèse de la suspension. Dans un arrêt en date du 19 mai 1939 (297) la Cour supérieure d'arbitrage estima que « si la cessation collective du travail, dans la mesure où elle constitue une exécution fautive des contrats individuels de travail de la part des salariés, peut autoriser l'employeur à prendre... des sanctions susceptibles d'aller jusqu'au licenciement sans préavis, ni indemnité, la grève n'entraîne pas par elle-même la rupture des contrats individuels de travail, en l'absence de toute volonté expresse ou implicite des salariés d'abandonner définitivement leur emploi ». Dans ses conclusions, M. P. Laroque avait montré qu'il ne pouvait y avoir de rupture de contrat que par la volonté commune et concordante des parties ou par une décision de justice constatant l'inexécution des obligations par l'une des parties (art. 1184, C. civ.). L'inexécution par l'une des parties autorisait seulement l'autre partie à suspendre l'exécution de ses obligations (298) et à demander au juge la résolution du contrat. Si l'employeur en présence de cette inexécution rompt unilatéralement le contrat, en s'appuyant sur l'article 1780 du Code civil, cette rupture lui est imputable. La grève ne pourrait, selon M. Laroque, rompre par elle-même, les contrats individuels que si ceux-ci contenaient une clause dérogatoire à l'article 1184 du Code civil.

239. — Quelle allait être la position de la jurisprudence au lendemain de la reconnaissance du droit de grève par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ? Les tribunaux judiciaires se sont, jusqu'en 1951, rangés dans trois groupes (299). Pour les uns, le Préambule de la Constitution n'a fait que reconnaître un droit antérieur sans en modifier ni l'esprit ni les moda-

(296) Prud'homme Mulhouse, 27 novembre 1936. G.P. 1937.I.156. Besançon 4 décembre 1936. G.P. 1937.I.157, voir MIGNON : « L'élaboration légale et jurisprudentielle du droit de grève », D. 1949, p. 145.

(297) C.S.A., n° 1188, 19 mai 1939. D.S. 1939, p. 199.

(298) Il en résulte le principe du non-paiement des jours de grève, car, comme le relève la Cour de cassation, « par l'effet de la suspension, chacune des parties se trouve dispensée de mettre à exécution les obligations qui lui incombent, à savoir : les salariés de fournir un travail et les employeurs de verser un salaire » (Soc. 5 mars 1953, D.S. 1953, p. 226). La même solution s'applique aux agents publics grévistes qui ne sont pas liés par contrat, en application d'un principe de la comptabilité publique selon lequel tout paiement doit correspondre à un service fait (décret du 31 mai 1862, art. 10). Sur ce point, voir VOIRIN, « Non-paiement des jours de grève », D. 1950, chronique p. 131 et C.E., 21 avril 1950, Syndicat des agents techniques, *Rec.*, p. 225, 9 avril 1954, CAUBEL, *Rec.*, p. 225. La notion de « service fait » a été consacrée par l'ordonnance du 4 février 1959 (art. 22).

(299) Voir MIGNON, chronique précitée, D. 1949, p. 145 et de HULSTER, *op. cit.*, pp. 38 et suiv.

lités et ils confirmèrent la théorie de la rupture (300). A l'opposé certaines juridictions ont donné plein effet au Préambule et adopté la thèse de la suspension du contrat (301). Entre ces deux solutions extrêmes, un certain nombre de juridictions ont choisi une position plus nuancée, tout en abandonnant la rigueur de la Cour de cassation. Tout en reconnaissant la légitimité de la grève, même en l'absence de lois qui la réglementent, les tribunaux ont estimé qu'il fallait « tenir compte du principe absolu que l'exercice d'un droit est limité par l'abus qui pourrait en être fait » (302). C'est vraisemblablement la théorie de l'abus du droit que la cour de Paris avait en vue lorsqu'elle jugea qu'il convenait de rechercher « selon les circonstances et les fautes commises, à qui incombe la responsabilité de la rupture » (303).

240. — La Cour de cassation par un arrêt en date du 28 juin 1951 vint mettre un point final à ces divergences de jurisprudence en jugeant que « l'affirmation solennelle par les constituants du droit de grève, lequel est devenu une modalité de la défense des intérêts professionnels (304) ne peut logiquement se concilier avec la rupture du contrat de travail qui résulterait de l'exercice de ce droit » (305). Il est vrai qu'entre-temps était intervenue la loi du 11 février 1950 dont l'article 4 stipule que « la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié... (306). » Par un autre arrêt en date du 28 juin 1951 (307) la Cour de cassation précisait, contrairement à ce que la conclusion du texte législatif pouvait laisser entendre, que la faute lourde ne rompait pas de plein droit le contrat de travail et qu'elle constituait seulement pour l'employeur un juste motif de congédiement du salarié (308). Un avis du Conseil d'Etat (section sociale) en date du

(300) Tribunal paix Arpajon, 28 janvier 1949, D. 1949, S. 20. Tribunal civil Riom, 16 décembre 1948, même référence ; Tribunal civil Seine, 16 novembre 1949, D. 1950, p. 10.

(301) Prud'homme Nantes, 4 juin 1948, D.O. 1948, p. 320 ; Prud'homme Toulouse, D.O. 1948, p. 383.

(302) Prud'homme Seine, 26 mars 1947, D. 1948, S. 12 ; Tribunal Paix Mauzat, 19 mai 1948, D.O. 1948, p. 207 ; Tribunal civil Seine, 20 mars 1948, G.P. 1948.2.20.

(303) Cour Paris, 13 juillet 1949, D. 1950, p. 10.

(304) Déjà en 1939, dans ses conclusions précitées, M. LAROQUE avait estimé que depuis 1864 le droit de grève était un élément du statut de l'ouvrier auquel se réfèrent implicitement tous les contrats de travail.

(305) Cass. 28 juin 1951. Maïseries de la Méditerranée, D.S. 1951, p. 523 et note DURAND.

(306) Voir commentaires BRETHER DE LA GRESSAYE, D. 1950, chronique p. 70 et DURAND, D.S. 1950, p. 118.

(307) Cass., 28 juin 1951, Procureur général près la Cour de Lyon c. Piegay. Référence D.S. 1951, p. 523, précitée. Dans le même sens, Crim., 13 janvier 1955, J.C.P. 1955.II.8572.

(308) Mais cette jurisprudence se heurte à une résistance de la part des juges du fond. Voir sur ce point BRUN et GALLAND, *op. cit.*, III-179.

31 mars 1950 est venu d'ailleurs préciser la portée des dispositions de l'article 4 précité (309). La Haute Juridiction administrative a tout d'abord rappelé la jurisprudence de la Cour supérieure d'arbitrage dont elle estime que l'article 4 de la loi du 11 février 1950 constitue la consécration. Le législateur a entendu préciser ainsi qu'il résulte de ses travaux préparatoires que le seul exercice du droit de grève reconnu par le Préambule de la Constitution ne fournit pas à l'employeur une juste cause de licenciement. De telle sorte qu'au cas où l'employeur peut établir à la charge du salarié la faute lourde prévue par l'article 4, cette circonstance a seulement pour effet de lui permettre le licenciement sans préavis, ni indemnité. Les licenciements ainsi prononcés dans le cadre de l'article 4 doivent faire l'objet d'une demande d'autorisation au service de la main-d'œuvre dans la mesure où l'ordonnance du 24 mai 1945 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi s'applique à l'entreprise ou à la profession considérée (310). Par ailleurs les garanties accordées par l'ordonnance du 22 février 1945 et par la loi du 16 avril 1946 aux membres des comités d'entreprises et aux délégués du personnel s'appliquent dans le cas d'un licenciement consécutif à une grève comme à l'occasion de tout autre licenciement (311). Comme l'a souligné le Conseil d'Etat, il serait impossible d'admettre que ces garanties leur fassent précisément défaut à l'issue d'une grève où leur rôle a pu ne pas se différencier de celui des autres salariés et où les fonctions qu'ils ont antérieurement exercées les exposeraient à des risques particuliers de licenciement. Il appartiendra alors à l'inspecteur du travail de rechercher si les intéressés, même ayant pris part à une action collective pouvant être regardée comme une faute, n'ont été frappés qu'en raison de leur mandat. Le Conseil d'Etat s'est par ailleurs refusé à donner une définition générale de la faute lourde qui, en cas de grève, constitue un motif légitime de licenciement. En effet, une telle définition aboutirait à déterminer le cadre dans lequel le droit de grève peut s'exercer, ce qui relève de la compétence du législateur. La Haute Assemblée s'est bornée à indiquer que la faute envisagée à l'article 4 de la loi du 11 février 1950 est manifestement une faute caractérisée d'une gravité particulière, qui, en principe, révèle l'intention de nuire qui ne peut être excusée par les circonstances et qui doit être appréciée dans chaque cas individuel. Une circulaire du ministère du Travail, en date du 22 mars 1950 (312), a énuméré un certain nombre d'actes pouvant être regardés comme des fautes lourdes caractérisées : voies de fait, entraves à la liberté du travail accompagnées de violences, refus de procéder aux opérations nécessaires

(309) D. 1950, L. 108.

(310) Voir *infra*, n° 305.

(311) Voir *supra*, n° 193 et Cass. Soc., 28 février 1958, D.S. 1958, p. 353.

(312) J.O. du 29 mars 1950, p. 3427.

pour assurer la sécurité des personnes, destruction du matériel et des stocks. De telle sorte que les tribunaux apprécient dans chaque cas d'espèce les actes constitutifs de faute lourde (313).

241. — Mais les pouvoirs publics disposent également d'un moyen pour s'opposer aux effets désastreux que pourrait avoir pour l'intérêt général une grève de salariés privés. En effet la jurisprudence a reconnu aux autorités administratives le droit d'utiliser la réquisition prévue par la loi du 11 juillet 1938 dès lors qu'il s'agit « d'entreprises indispensables pour assurer les besoins du pays » (314). Comme nous l'avons signalé, la distinction en matière de grève ne se fait plus suivant les services publics et les entreprises privées, mais entre les services ou entreprises indispensables au pays et les autres. C'est en application de ce principe qu'a pu être validée la réquisition des boulangeries (315) pour faire face à une grève générale des patrons boulangers qui aurait privé les populations de prestations indispensables à leur vie (316).

On peut admettre qu'au regard du secteur privé, également, la Constitution de 1958 garantit le droit de grève. On a, en effet, relevé (317) que la grève, constituant une modalité du droit du travail dont, en application de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de poser les principes fondamentaux, une modification à la loi du 11 février 1950, article 4, ne pourrait résulter que d'une loi. D'autre part, une répression pénale de la grève nécessitera également l'intervention du législateur, dans la mesure où celui-ci est seul habilité à déterminer les crimes et délits, ainsi que les peines qui leur sont applicables (318).

242. — Signalons le régime spécial de la Marine marchande régie par le Code du travail de la Marine marchande, institué par la loi du 13 décembre 1926 et le Code disciplinaire et pénal de la Marine marchande résultant de la loi du 17 décembre 1926. En

(313) Paralysie des services de sécurité (Soc. 25 mai 1951, D.S. 1951, p. 473), agissements se rapprochant d'actes de sabotage (Soc. 27 janvier 1956, D.S. 1956, p. 222). Voir également jurisprudence citée dans BRUN et GALLAND, *op. cit.*, III-178, et DURAND, *op. cit.*, T. III, n° 298.

(314) C.E., 10 novembre 1950. Fédération Nationale de l'Eclairage déjà cité.

(315) C.E., 28 octobre 1949. Syndicat des Maîtres artisans Boulangers et Pâtisseries du Gard et Fédération de la Boulangerie provençale. Concl. DELVOLLE D.S. 1950, p. 50.

(316) Dans la mesure où l'on a pu dire que « rentré dans notre droit positif par la porte du préambule, le libre exercice du droit de grève reconnu à tous en a été chassé par la fenêtre de la loi du 11 juillet 1938 » (DELESALLE, *op. cit.*, p. 123) on comprend que certains auteurs aient pu parler d'une « résurrection du délit de grève » (LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 108).

(317) Sur ce point voir SILVERA, R.A. 1958, p. 505.

(318) Il est vrai que, *a contrario*, le pouvoir réglementaire est très étendu en matière de contraventions, voir G. LEVASSEUR, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », D. 1959, chronique p. 121.

application de ces textes, l'abandon de poste et l'absence irrégulière se trouvent punis de telle sorte que l'on aboutit à une interdiction indirecte de la grève. Mais la question n'est envisagée que sous l'angle individuel et non pour les arrêts collectifs de travail. C'est une circulaire du ministre de la Marine marchande qui a prévu une consultation préalable et un préavis avant le déclenchement d'une grève. Par ailleurs, dans la mesure où cette circulaire interdit l'exercice du droit de grève à l'équipage d'un navire en mer et aux marins devant assurer la garde et la sécurité du navire au port et qui sont désignés par le capitaine et l'inspecteur de la navigation on a pu émettre des doutes sur la régularité de cette procédure (319).

243. — En liaison avec le glissement du droit de la grève des agents publics vers le droit commun que nous avons pu constater, il faut signaler l'évolution de la distinction entre la grève professionnelle et la grève politique. Généralement, on définit la grève politique comme la grève qui poursuit une fin étrangère aux revendications professionnelles. Définition que M. Rivero trouve contestable, car le mot « politique » y a un sens trop restreint. Aussi suggère-t-il de considérer comme politique toute grève caractérisée par son ampleur et qui est dirigée contre une autorité politique, car est « politique » tout ce qui touche au Gouvernement de la cité. Dans ces conditions, estime-t-il, la distinction de la grève professionnelle et de la grève politique est inapplicable à la fonction publique, car toute grève des agents publics est une grève politique (320). De son côté, M. Lyon-Caen constate que toute grève des salariés privés est nécessairement dirigée contre la politique générale des prix et des salaires suivie dans une économie dirigée, de telle sorte que d'une revendication sur les salaires, les salariés passent « insensiblement » à une protestation contre le régime social. Dans ces conditions, « toute grève professionnelle est aussi politique et toute grève politique a aussi une valeur revendicative », d'où le refus manifesté par l'auteur de distinguer les deux sortes de grève (321).

En dépit de cette évolution parallèle des idées tendant à l'abandon de la distinction entre grève politique et grève professionnelle, tant en ce qui concerne les agents publics que les agents privés, la majorité des auteurs et la jurisprudence dominante tant administrative que judiciaire, affirment l'illicéité de la grève politique en dépit de la difficulté d'en donner un critère satisfaisant. Selon un principe général de notre droit, il importe de distinguer

(319) BRUN et GALLAND, *op. cit.*, III-185.

(320) RIVERO, article cité, D.S. 1953, p. 517.

(321) LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 104. L'auteur cite à l'appui de sa thèse un arrêt de Tulle, 26 juin 1951. J.C.P. 1951.II.6488, note DELPECH.

l'action politique de l'action professionnelle (322) car, comme le rappelle M. Waline « les opinions et les revendications proprement politiques dans une démocratie, ne sauraient être défendues que par le bulletin de vote, seule arme égalitaire donnant à chaque citoyen, sa part légitime d'influence dans la vie politique » (323). Dans la mesure où les travaux préparatoires de la loi du 11 février 1950 révèlent la volonté du législateur de ne pas considérer comme licite la grève déclenchée pour des motifs autres que des revendications professionnelles, la Cour de cassation a donc considéré que l'utilisation de la grève dans un but extra-professionnel et notamment dans un but politique est abusive (324). De son côté, le Conseil d'Etat mettant l'accent sur le caractère purement professionnel d'une grève pour écarter l'hypothèse d'une faute disciplinaire paraît bien considérer comme fautive une grève politique (325), surtout après avoir considéré la grève comme « une modalité de la défense des intérêts professionnels » (326).

244. — Le régime de la grève dans les territoires d'outre-mer va nous permettre d'aborder le problème du règlement des conflits collectifs du travail par la voie de la conciliation, de la médiation et de l'arbitrage. Un décret-loi du 20 mai 1955 a modifié les textes initiaux du Code du travail dans les territoires d'outre-mer, institué par la loi du 15 décembre 1952. Désormais, l'exercice du droit de grève est interdit avant l'achèvement de la procédure fort longue de règlement des conflits collectifs. Une grève déclenchée au mépris de la procédure destinée à obtenir un règlement pacifique est irrégulière et entraîne la rupture de plein droit des contrats de travail (327). Par contre, en métropole, après bien des hésitations (328), la jurisprudence a finalement considéré qu'en dépit du caractère obligatoire de la conciliation, la grève non précédée de cette procédure ne pouvait cependant pas être considérée comme abusive et illicite (329). En effet, contrairement à certains

(322) DURAND, « Le régime juridique de la grève politique », D.S. 1953, p. 22.

(323) WALINE, note déjà citée sous l'arrêt Dehaene. R.D.P. 1950, p. 691.

(324) Soc. 23 juin 1951, D.S. 1951, p. 532 ; Soc. 23 mars 1953, D. 1954, p. 89, note LEVASSEUR. La seule participation à une grève, qui n'a pas pour objet la modification ou l'amélioration des conditions du travail constitue une faute lourde (Cass. soc., 20 février 1959, D.S. 1959, p. 412).

(325) C.E., 18 février 1955, BERNOT, *Rec.*, p. 97, déjà cité.

(326) Arrêt Dehaene, déjà cité.

(327) Article 218 *in fine* (a contrario) et 218-bis-b. Voir sur ce point BRUN et GALLAND, *op. cit.*, III-186.

(328) Voir jurisprudence citée par M. LEVASSEUR dans sa note précitée au *Dalloz* 1954, p. 89.

(329) Soc., 24 mai 1955, D.S. 1955, p. 567. Par contre s'agissant d'un lock-out la procédure de conciliation doit être respectée bien que la loi ne soit pas formelle (Soc., 30 octobre 1952, D. 1953, p. 132).

textes antérieurs, la loi ne précise pas que la procédure de conciliation obligatoire doit avoir lieu « avant toute grève » (330).

SECTION III

LE RÈGLEMENT PACIFIQUE DES CONFLITS COLLECTIFS DE TRAVAIL (331)

245. — Jusqu'à ces derniers temps, on avait pu croire que l'institution d'une telle procédure de règlement était réservée aux seuls conflits relatifs aux agents des personnes privées. Mais une loi récente du 26 juillet 1957 est venue considérablement atténuer ce particularisme. Déjà en 1947, d'ailleurs, à propos de l'intervention d'un « tiers », M. Grünebaum-Ballin, président de section honoraire au Conseil d'Etat dans un litige relatif au personnel de l'Electricité de France on avait pu parler d'un arbitrage consultatif (332). En réalité, comme le précise lui-même le président Grünebaum-Ballin, il avait été chargé de « proposer dans le cadre de la politique gouvernementale des solutions propres à mettre fin à un très grave conflit et non de rendre une décision arbitrale ». Le Président du Conseil de l'époque, M. Ramadier, avait d'ailleurs précisé, dans une déclaration faite à la presse, que, dans la pensée du Gouvernement, M. Grünebaum-Ballin était un médiateur et non un arbitre. Et appelé à donner son interprétation personnelle sur la portée exacte de la mission qui lui avait été confiée, M. Grünebaum-Ballin précisa : « Très exactement, ma mission rentrait dans le cadre de celle que l'article 1019 du Code de procédure civile attribue à l'amiable compositeur : c'est ainsi que j'ai été amené, même en dehors du délai imparti, à faire tous efforts propres à conduire les parties en présence à composer, c'est-à-dire à s'entendre. » Mais, dans la mesure où l'exposé des motifs qui ont inspiré le « médiateur » n'a pas été modifié dans sa teneur et que l'accord du 11 juin 1947 intervenu entre les syndicats et le Gouvernement était dans toutes ses dispositions essentielles, conforme au dispositif des propositions du médiateur, on a pu parler d'un véritable arbitrage consultatif. L'idée d'arbitrage au sens strict étant à écarter en l'absence d'un texte législatif formel pour toutes

(330) Lois du 31 décembre 1936 et 4 mars 1938. Sur la portée de la clause de conciliation insérée dans certaines conventions collectives, voir MIMIN, « Avant la grève : la clause de conciliation dans les conflits collectifs du travail », J.C.P.1959.I.1467 bis.

(331) A. CARRON, « Les grandes lignes des procédures relatives au règlement pacifique des conflits collectifs du travail (1936-1958) », C.J.E.G. 1959, p. 1.

(332) C.J.E.G. 1947, p. 386.

les collectivités publiques et les établissements publics, même à caractère industriel et commercial (333).

246. — Rappelons que l'on distingue trois modes de règlement pacifique des conflits collectifs du travail. A un premier stade, la conciliation : il s'agit d'une simple négociation entre les parties, dont le résultat de nature contractuelle est consigné dans un procès-verbal. Dans une seconde étape, celle de la médiation, un tiers choisi par les parties est chargé de dégager une solution pour le litige, au terme d'une enquête qu'il effectue lui-même. Mais, dans la mesure où cette solution n'a que la valeur d'une simple recommandation, elle se distingue de la procédure la plus élaborée de règlement : l'arbitrage dans laquelle la solution élaborée par le tiers s'impose aux parties qui se sont d'avance engagées à accepter la sentence arbitrale (334).

247. — A la loi du 27 décembre 1892 (335), instituant une procédure de conciliation et une procédure d'arbitrage entièrement facultatives, la loi du 31 décembre 1936, modifiée par celle du 4 mars 1938 substitua l'obligation de soumettre tout différend collectif aux procédures de conciliation et d'arbitrage dont le détail des procédures devait être fixé par les Conventions collectives. En dépit du succès remporté par ces procédures et le rôle important que nous avons mentionné à plusieurs reprises de la Cour supérieure d'arbitrage, dans le développement du droit du travail, le jeu des procédures de conciliation et d'arbitrage fut suspendu par un décret-loi du 1^{er} septembre 1939. Cette suspension prorogée par la loi du 23 décembre 1946 prit fin par la mise en application de la loi du 11 février 1950. Cette loi édicte l'obligation de la procédure de conciliation pour tous les conflits collectifs de travail, tandis que la procédure d'arbitrage rétablie, elle aussi, n'a qu'un caractère facultatif. Ces dispositions applicables dans toutes les professions soumises au régime des Conventions collectives laissaient en dehors de leur champ d'application les entreprises publiques dont le personnel était soumis à un statut législatif ou réglementaire particulier (336). La loi de 1950 n'a eu qu'une faible portée (337), qui s'explique en particulier, par son défaut de sanctions pratiques. La non-comparution d'une des parties devant la Commission de conciliation entraîne simple-

(333) Voir AUBY, « L'Arbitrage en matière administrative ». A.J. 1955, p. 81. C.E., 13 décembre 1957, Soc. Nat. Ventes surplus, D.S. 1958, p. 90 (Concl. GAZIER).

(334) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 198-199.

(335) Sur les détails de l'histoire, voir les importants développements consacrés à la question dans les divers manuels de droit du travail.

(336) RIVERO, « Conciliation et arbitrage dans la loi de 1950 », D.S. 1950, p. 145.

(337) BAUCHET, « Résultats au 1^{er} janvier 1954 des procédures de conciliation et d'arbitrage », D.S. 1954, p. 282.

ment la rédaction du procès-verbal de non-conciliation et nous avons vu que la jurisprudence n'a pas considéré comme fautif le déclenchement d'une grève avant tout recours à la conciliation. Le caractère facultatif de l'arbitrage explique le nombre infime de sentences portées de 1950 à 1954 à la connaissance du ministère du Travail : huit. La Cour supérieure d'arbitrage qui, en quinze mois, du 5 mai 1938 au 3 août 1939, avait rendu 1.572 décisions après s'être réunie une première fois le 31 mai 1950, ne se réunit une nouvelle fois que le 15 juin 1954 pour affirmer cette fois, son incompétence à l'égard des décisions de la commission des litiges des journalistes (338). L'échec de la loi du 11 février 1950 a déterminé la création d'une nouvelle procédure de règlement par le décret du 5 mai 1955 : la médiation qui semble depuis avoir fait ses preuves (339). Cette procédure qui s'est inspirée des législations anglo-saxonnes n'est obligatoire, ni en ce qui concerne son déclenchement, ni en ce qui concerne la suite qui doit lui être donnée. Elle se caractérise par les très larges pouvoirs d'information reconnus au médiateur. La connaissance précise de tous les éléments de fait doit permettre la réalisation d'un accord entre les parties. S'il est vrai que la recommandation émise par le médiateur n'a pas de force obligatoire, il ne faut pas en négliger pour autant sa valeur morale, surtout compte tenu de la qualité des médiateurs dont les listes sont établies aux échelons national, régional et local, par le ministre du Travail après avis des organisations syndicales les plus représentatives. Dans sa rédaction primitive, la procédure de médiation comportait deux particularités par rapport à la loi du 11 février 1950 : d'une part, elle ne pouvait jouer que pour les différends portant sur les salaires au cours de la négociation d'une Convention collective, c'est-à-dire pour des conflits d'ordre économique (à l'occasion de l'établissement, de la révision ou du renouvellement des Conventions collectives et des accords de salaires) et non pour les conflits d'ordre juridique relatifs à l'application ou à l'interprétation des clauses des Conventions collectives intéressant les salaires. D'autre part, elle ne pouvait jouer, sauf exception, en cas de différends limités à une seule entreprise (340), la procédure étant limitée en principe aux conflits à caractère national, régional ou local.

Au 1^{er} septembre 1957, cent médiations avaient été engagées et dans près de 2/3 des conflits, des résultats positifs avaient été

(338) Voir concl. BARJOT, D.S. 1954, p. 608.

(339) P. DURAND, « Une nouvelle institution du droit des rapports collectifs de travail : la médiation des conflits collectifs ». D.S. 1955, p. 409; A. BARJOT, « Expérience de cinq mois de médiation », D.S. 1956, p. 72, et *Le Monde*, 25 novembre 1955.

(340) Le ministre peut décider de les soumettre à la procédure de médiation et il use fréquemment de cette faculté, lorsque la gravité du conflit et l'importance des effectifs touchés lui paraissent l'exiger.

obtenus (341). L'importance de ces chiffres apparaît lorsqu'on les compare au nombre et aux résultats des conciliations tentées pendant la même période (342) et au chiffre dérisoire des arbitrages rendus (343). Il est surtout caractéristique de relever que, malgré les dispositions restrictives sur ce point du décret de 1955, les conflits soumis à la procédure de médiation intéressaient à 25 % les conflits d'entreprises.

248. — La loi du 26 juillet 1957 (*J. O.* du 28, p. 7.459) (344), a abrogé les dispositions de la loi du 11 février 1950, relative à la procédure de conciliation et celles du décret du 5 mai 1955 qui avaient créé la procédure de médiation. Mais, comme le souligne M. Ribas (345), le titre de la loi nouvelle « favorisant le règlement des conflits collectifs » suffit à indiquer qu'il n'est pas question de supprimer ces deux procédures, mais bien au contraire, à la lumière de leurs résultats, de les améliorer et de les harmoniser plus étroitement. De plus, innovation très importante, des procédures particulières de conciliation sont prévues pour la première fois, officiellement, pour celles des entreprises publiques qui échappent aux dispositions de la loi du 11 février 1950 relatives aux Conventions collectives.

Le champ d'application de la procédure de conciliation a été précisé et élargi afin de la rendre plus efficace. Il a notamment été spécifié que devaient être soumis à conciliation « les conflits collectifs survenant à l'occasion de l'établissement, de la révision ou du renouvellement des Conventions collectives ou des accords d'établissements », alors que certaines commissions s'étaient déclarées incompétentes sur ce point. Mais surtout, la loi prévoit, que dans les entreprises visées au 2^e alinéa de l'article 31 du Livre 1^{er} du Code du travail, ainsi que dans les établissements publics, dont la liste sera fixée par décret, les différends collectifs de travail sont obligatoirement soumis à la procédure de conciliation (Loi du 11 février 1950, modifiée T. II, chap. VI, art. 31). La première catégorie groupe, nous l'avons vu, les entreprises publiques dont le personnel est soumis à un statut législatif ou réglementaire particulier, telles qu'elles ont été déterminées par le décret du

(341) J.-J. RIBAS, « A la recherche d'un règlement pacifique des conflits collectifs du travail », *chr.*, D. 1957, p. 181.

(342) Quatre cent quarante-six conflits soumis à conciliation de 1955 au 1^{er} septembre 1957 dont 294 échecs. De 1950 au 1^{er} janvier 1954, les chiffres étaient respectivement de 466 et 301.

(343) Selon M. RIBAS le chiffre total des arbitrages depuis 1950 serait passé de 6 en 1955 à 9 en 1957. M. RIVERO (*op. cit.*, p. 208) signalait au 31 décembre 1954, 11 arbitrages rendus et 5 arrêts de la Cour supérieure d'arbitrage.

(344) P. DURAND, « La loi du 26 juillet 1957 sur le règlement des conflits collectifs de travail », D.S. 1958, p. 138. Un décret portant R.A.P. de la loi est intervenu le 18 juillet 1958 (*J.O.* du 22).

(345) RIBAS, *Chronique précitée*, D. 1957, p. 181.

1^{er} juin 1950 ; quant à la deuxième catégorie, il s'agirait essentiellement, d'après les débats parlementaires, d'établissements publics à caractère industriel ou commercial, tels que l'O.N.E.R.A. (Office national d'études et de recherches aéronautiques) et le C.E.A. (Commissariat à l'énergie atomique). Mais la loi ne fait que poser les principes de cette procédure et renvoie à un protocole établi dans chaque entreprise publique ou établissement public intéressé, par accord entre la direction, les organisations syndicales les plus représentatives du personnel et le ministre dont relève l'entreprise publique ou l'établissement public, le soin de fixer les détails de cette procédure. Toutefois, il est prévu que cette procédure fait intervenir les différentes parties du protocole et lorsque le différend intéresse la rémunération des personnel en activité ou en retraite, également, les représentants des ministres chargés du Travail, des Finances et des Affaires économiques.

La loi a prévu, s'agissant des entreprises privées, la participation aux commissions de conciliation de toutes les organisations les plus représentatives des employeurs et des travailleurs en cause et non pas seulement celles qui, à l'origine ont pu être parties à la Convention collective ou au litige. S'agissant du fonctionnement des commissions, la loi consacre l'obligation de comparaître en personne devant celles-ci, ou de se faire dûment représenter sous peine d'amendes. S'agissant de la médiation qui ne peut intervenir qu'après une procédure de conciliation, son champ d'application a été étendu. Il coïncide, sauf en ce qui concerne les entreprises publiques dont le personnel est soumis à un statut législatif ou réglementaire, avec celui de la conciliation. Les restrictions contenues dans le décret de 1955 quant à la nature du conflit, économique ou juridique, à son origine, négociation collective ou autre circonstance, et à son champ d'application, conflits nationaux, régionaux, locaux et également d'entreprises, ont été supprimées.

Le recours à l'arbitrage demeure facultatif en raison de la crainte des syndicats ouvriers de voir porter atteinte au droit de grève par l'institution d'une procédure d'arbitrage obligatoire.

249. — Ainsi, les modes de règlement pacifique des conflits collectifs du travail ne sont plus l'apanage des seuls conflits relatifs aux entreprises privées. Certes, l'arbitrage et la médiation n'ont pas encore été déclarés officiellement applicables aux agents des personnes publiques qui ne peuvent bénéficier jusqu'à présent que de la procédure de conciliation ((346). Mais nous avons vu qu'il a été fait appel au moins une fois, sinon à un arbitre, du moins à un médiateur, s'agissant d'un conflit intéressant le personnel d'Electricité et de Gaz de France. Par ailleurs, l'idée de

(346) Possibilité à laquelle il a été fait immédiatement appel puisque dès la promulgation de la loi du 26 juillet 1957 une commission de conciliation s'est mise au travail à la S.N.C.F. et se réunit périodiquement.

l'institution d'une procédure d'arbitrage au sein même de la fonction publique a été émise à plusieurs reprises (347) et encore récemment par un secrétaire d'Etat à la fonction publique en exercice (348).

SECTION IV

LA PARTICIPATION A LA GESTION

250. — La formule du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon laquelle : « Tout travailleur participe par ses délégués... à la gestion des entreprises » (349) marquait la volonté des constituants de l'époque d'établir une démocratie économique en France, au moment où, par ailleurs, la politique des nationalisations consacrait l'avènement de la démocratie sociale. Bien que le texte finalement adopté n'ait pas visé expressément le secteur public, alors que le texte du mois de mars 1946 adopté en première lecture visait les « entreprises, établissements privés et services publics », on a considéré que la formule très large du Préambule concernait tout aussi bien le secteur privé que le secteur public (350). En fait, tant en ce qui concerne les entreprises publiques (351) que les entreprises privées (352), les résultats ont été bien en deçà de ce que les constituants de 1946 espéraient et notre pays se trouva nettement distancé sur le plan de la démocratie économique et sociale par des pays qui ne sont pourtant pas acquis à l'idéologie marxiste (353). Car, s'agissant des différentes missions confiées aux organismes représentatifs du personnel, on a moins hésité à leur confier des missions de liaison, d'information et de consultation que de véritables pouvoirs de décision. Il faut toutefois noter le parallélisme des formes de coopération des

(347) CATHERINE. « Pour une Cour supérieure d'arbitrage des conflits de la fonction publique », R.A. 1949, p. 337. Dans le même sens, voir MARCELLIN, ancien secrétaire d'Etat à la présidence du Conseil : « Pour une nouvelle politique de la fonction publique », R.A. 1953, p. 498. Voir cependant *contra*, GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 329 et *Cahiers chrétiens de la fonction publique*, 1953, p. 82.

(348) Déclaration au journal *Le Monde* (25-26 août 1957) de M. Jean MEUNIER, secrétaire d'Etat à la Fonction publique.

(349) *Alinéa* 8.

(350) Voir RIVERO et VEDEL, article cité, sur « Les problèmes économiques et sociaux et la Constitution de 1946 ». Coll. *Droit social*, p. 28.

(351) ROBIN, « Essai sur la représentation des intérêts dans l'organisation des entreprises publiques », R.D.P. 1957, p. 830.

(352) La participation des travailleurs à la gestion des entreprises privées dans les principaux pays de l'Europe occidentale, Paris 1954. Enquête effectuée sous la direction de M. DAVID.

(353) Voir l'exemple allemand : DURAND, « La loi fédérale du 21 mai 1951 sur la cogestion ». J.C.P. 1953, I.1078. — NIPPERDEY, « La loi allemande sur l'organisation constitutionnelle de l'établissement, du 11 octobre 1952 », D.S. 1953, p. 78.

travailleurs à la gestion des entreprises tant publiques que privées.

Ainsi, M. Rivero notait-il, en 1948, que « la démocratisation de l'entreprise par l'association des intéressés à la gestion n'est pas spéciale aux seules entreprises nationalisées ; détachées de la socialisation dont elle s'est accompagnée pour celles-ci, elle s'est opérée dans les entreprises privées par la création des comités d'entreprise. Il est nécessaire de marquer sur ce point l'harmonie qui existe entre les deux catégories d'entreprises : elle contribue à atténuer les différences juridiques qui les séparent » (354). La gestion tripartite des entreprises nationalisées a permis aux travailleurs de participer plus ou moins activement suivant l'importance de cette représentation, à la gestion de ces entreprises par la présence de représentants des organisations syndicales les plus représentatives au sein du Conseil d'Administration (355). Si, en principe, les modifications successives apportées à la gestion tripartite (356) n'ont pas lésé la représentation du personnel, du moins en pratique, cette participation s'est-elle avérée peu efficace comme étant liée à un mode de gestion lui-même peu satisfaisant à l'usage : la gestion par la représentation des intérêts (357). Qu'il s'agisse de la participation à la gestion de salariés privés ou des agents des personnes publiques, on constate le rôle prédominant des organisations syndicales. Parallèlement à la diffusion du slogan « la mine aux mineurs », symbole de l'esprit de nationalisations, d'autres slogans propres aux agents publics et caractéristiques de l'idée de coopération et de cogestion (« La poste aux postiers, l'école aux instituteurs ») ont fait naître le syndicalisme fonctionnaire (358). Il était donc normal que le jour où l'idée de coopération et de cogestion serait consacrée dans le secteur public, les syndicats se voient attribuer un grand rôle. La place de choix faite aux organisations syndicales au sein même des entreprises privées s'expliqua par le fait que le législateur de l'époque (majorité de gauche), trouvait un fidèle appui dans les milieux syndicalistes, qu'il entendait ainsi remercier de leur soutien.

Issus d'une même idéologie, les différents organismes représentatifs du personnel, tant public que privé, présentent de nombreuses similitudes, aussi bien sur le plan de leur composition que sur celui des pouvoirs qui leur sont reconnus. A la Commission supé-

(354) RIVERO, « Les nationalisations ». Extrait du *Jurisque Civil*, 1948, n° 406.

(355) BREDIN, *L'Entreprise semi-publique et publique et le droit privé*. Th. Paris, 1955, pp. 180 et suiv. — WIJKUISEN, *Le Problème de l'entreprise en France*. Th. Paris 1957, pp. 138 et suiv. Il est d'ailleurs paradoxal de constater que la participation à la gestion est plus élaborée dans le secteur public que dans le secteur privé, alors que l'entreprise publique appartient au bien commun.

(356) Décrets du 11 mai 1953 et 17 décembre 1953. Loi du 3 avril 1955.

(357) ROBIN, article précité, pp. 838 et 845.

(358) GRÉGOIRE, *op. cit.*, pp. 54 et suiv.

rière des Conventions collectives, aux Comités d'entreprises et aux délégués du personnel peuvent ainsi être comparés le Conseil supérieur de la fonction publique, les Commissions administratives paritaires et les comités techniques paritaires. Mais le statut de 1959 a quelque peu atténué le rôle de ces derniers organismes.

251. — De composition paritaire, la Commission supérieure des Conventions collectives (359) groupe 16 représentants des travailleurs répartis entre les organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national et 16 représentants des employeurs auxquels s'ajoutent 3 représentants des intérêts familiaux et les représentants de l'Etat : le ministre du Travail qui préside, le ministre de l'Economie nationale et le président de la section sociale du Conseil d'Etat. La Commission a pour tâche principale de donner son avis au ministre du Travail sur toute question relative à la conclusion et à l'application d'une Convention collective et sur toute difficulté surgissant au cours d'une négociation. L'extension d'une Convention collective nécessite d'autre part, un avis motivé d'une section spécialisée formée au sein de la Commission.

Enfin, la loi du 11 février 1950 a chargé la commission d'étudier la composition d'un budget-type servant à la détermination du salaire minimum interprofessionnel garanti. Après avoir étudié la question de 1950 à 1953, la commission ne s'en est plus occupé depuis l'automne 1953, sans avoir abouti d'ailleurs, à des résultats vraiment positifs (360) par suite des divergences d'opinions manifestées en son sein.

252. — Le Conseil supérieur de la fonction publique créé par la loi du 19 octobre 1946 (article 19), avait vu sa composition modifiée à plusieurs reprises sous l'empire du statut de 1946, et en dernier lieu par la loi du 4 décembre 1957 dont les modalités d'application avaient été fixées par le règlement d'Administration publique du 14 janvier 1958. Depuis cette date, le Conseil supérieur comprenait 28 membres titulaires, nommés par décret en Conseil des ministres, dont 14 sur proposition des organisations syndicales de fonctionnaires les plus représentatives et 14 choisis en qualité de représentants de l'Administration (dont 9 directeurs d'administration centrale ou inspecteurs généraux ayant dans leurs attributions la gestion du personnel ou l'étude de questions intéressant le personnel à raison, au plus, d'un par ministère). Par ailleurs, 8 suppléants étaient prévus pour chaque catégorie. Selon les termes de la loi du 19 octobre 1946, la compétence du Conseil était « générale ». Le Conseil était consulté pour avis sur toutes les questions intéressant les fonctionnaires ou la fonction publique.

(359) Article 31, *v et w*, C.T., L. I^{er}, T. I; décret du 3 mars 1950, modifié par le décret n° 59-162 du 7 janvier 1959.

(360) Travaux de la commission supérieure des conventions collectives (oct. décembre 1953). *Rev. fr. trav.* 1954, pp. 2 et suiv.

De plus, le Conseil jouait le rôle d'organe coordinateur et d'organe supérieur des commissions administratives paritaires et des comités techniques paritaires.

Si cette dernière fonction a été confirmée par le décret n° 59-306 du 14 février 1959 qui a par ailleurs repris les dispositions antérieures relatives à la composition du Conseil supérieur, par contre, la compétence générale de cet organisme n'est plus obligatoire. Le décret précité (361) se borne à stipuler que le Conseil « peut » être saisi par le Premier ministre ou par un de ses membres de toute question de caractère général intéressant les fonctionnaires ou la fonction publique.

253. — Institués au lendemain des accords Matignon, les délégués du personnel sont régis à l'heure actuelle par la loi du 16 avril 1946. Ils sont en premier lieu « les ambassadeurs du personnel auprès du chef d'entreprise » (362) à qui ils présentent les réclamations individuelles ou collectives du personnel. Auxiliaires de l'inspecteur du travail, ils sont également des collaborateurs du comité d'entreprise, qu'ils sont parfois appelés à remplacer dans les entreprises de moins de cinquante salariés, qui n'ont pas de comité d'entreprise.

254. — La loi du 16 mai 1946, modifiée à plusieurs reprises par la suite (363), s'est substituée à l'ordonnance du 22 février 1945 pour déterminer le régime juridique des comités d'entreprise (364).

Ceux-ci disposent de larges attributions dans le domaine des œuvres sociales et des services sociaux. Ils en contrôlent la gestion de certains, participent à la gestion d'autres et assurent la gestion complète des œuvres qui ne sont pas dotées de la personnalité civile.

Dans le domaine des relations du travail, les comités assurent une double mission : consultative et juridictionnelle. D'une part, ils coopèrent avec la direction « à l'amélioration des conditions collectives du travail et de vie du personnel ». Ils sont ainsi appelés à donner leur avis lors de l'établissement du règlement d'atelier, en matière de salaires (365) et en matière d'embauche et de licenciement dans laquelle les conventions collectives leur attribuent souvent un rôle consultatif. D'autre part, ils assurent des pouvoirs disciplinaires à l'égard de leurs membres, des délégués du personnel, de la conseillère-chef du travail et du médecin du travail.

(361) Et non plus la loi, de telle sorte qu'il ne s'agit pas d'une garantie fondamentale consacrée par le législateur.

(362) BRUN et GALLAND, *op. cit.*, III-143.

(363) La loi du 9 janvier 1954 a notamment porté la durée du mandat à 2 ans et une loi du 26 février 1958 a modifié la composition numérique des comités en fonction du chiffre des travailleurs.

(364) Voir bibliographie dans D.S. 1948, p. 69.

(365) Soc, 20 juillet 1953, D.S. 1953, p. 599.

Dans les domaines technique, économique et financier, les comités d'entreprise sont tout d'abord consultés sur toutes les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise. Ces dispositions de la loi du 16 mai 1946 (article 3), interprétées à la lettre devaient entraîner une consultation permanente (366). Aussi une circulaire ministérielle du 31 juillet 1946 a-t-elle réduit la portée de ces dispositions en indiquant que la consultation ne s'imposait que sur les questions d'intérêt général les plus importantes « susceptibles d'influer sur l'établissement des programmes de fabrication, sur l'amélioration et le renouvellement de l'outillage et sur la compression des prix de revient ». Par ailleurs, le comité d'entreprise est appelé à donner son avis sur les conventions intéressant le personnel à l'accroissement de la production dans le cadre des dispositions des décrets des 20 mai et 17 septembre 1955. De plus, le comité d'entreprise étudie les propositions faites par le personnel au chef d'entreprise dans le but d'accroître la production et améliorer le rendement. Enfin, le comité d'entreprise est tenu informé des bénéfices réalisés. Dans les sociétés anonymes (367), les comités d'entreprise disposent de pouvoirs de contrôle plus étendus : ils ont droit aux mêmes communications que les actionnaires, peuvent convoquer les commissaires aux comptes et bénéficier de l'assistance d'un expert-comptable et surtout ils ont le droit de se faire représenter aux réunions du conseil d'administration avec voix consultative.

Tant en ce qui concerne l'élection des délégués du personnel que celle des membres des comités d'entreprise (368), les organisations syndicales les plus représentatives se voient reconnaître un monopole pour la présentation des candidats, du moins au premier tour.

255. — L'ordonnance du 22 février 1945 avait prévu (article 1^{er}, alinéa 1), que des comités d'entreprise seraient constitués dans toutes les entreprises industrielles ou commerciales quelle qu'en soit la forme juridique (369). Des décrets en Conseil d'Etat (article 1^{er}, alinéa 3), devaient déterminer les services publics à caractère industriel et commercial, y compris les services exploités en régie ou même monopolisés, dans lesquels il serait obligatoirement créé des comités d'entreprise, et en cas de besoin, les modalités particulières de composition et de fonctionnement de ces comités. La loi du 16 mai 1946 a supprimé les dispositions visant

(366) Voir sur ce point, BRUN et GALLAND, *op. cit.*, III-122.

(367) D. VEAUX, « Le rôle des comités d'entreprise dans les sociétés anonymes », D.S. 1948, pp. 87 et 135.

(368) H. ZIRNHELD, « Les Elections des membres des comités d'entreprise », D. 1955, chronique p. 50.

(369) COHEN, *Les Comités d'entreprise ou organismes similaires dans les entreprises publiques*. Th. Paris 1956.

expressément les services publics (370). Quelle conséquence allait-on en tirer ? Les services publics devaient-ils être considérés comme soumis, ou exclus du champ d'application de la loi ? La solution dépendrait du caractère que l'on attribuerait à l'ancien alinéa 3 de l'article 1^{er} de l'ordonnance. Si on le considérait comme extensif par rapport à l'alinéa 1^{er}, l'abrogation de ses dispositions entraînait l'exclusion des services publics industriels et commerciaux du domaine d'application de la législation du droit commun relative aux comités d'entreprise.

Si, au contraire, l'alinéa 3 apparaissait restreindre la portée de l'alinéa 1^{er}, dans ce cas, son abrogation ne devait pas s'opposer à ce que les services publics industriels et commerciaux soient dotés de comités d'entreprise. Pour certains auteurs (371) et pour les sections administratives du Conseil d'Etat (372), la législation de droit commun devait s'appliquer. Mais la majorité de la doctrine (373) et le ministre du Travail (374) avaient considéré que la législation de droit commun était inapplicable. Dans la pratique, des accords avaient été réalisés entre certaines directions (375) et les salariés, en vue d'établir des comités d'entreprise qui seraient cependant organisés en marge de la législation de droit commun (376). Tel était le cas de la Régie Autonome des Transports Parisiens, des Charbonnages de France, des Houillères de Bassin. Dans les établissements techniques de la Défense nationale ont été créés des comités mixtes du personnel (377). Au Gaz de France et à l'Electricité de France, la caisse centrale des activités sociales et les caisses d'action sociale remplissent la mission des comités

(370) Il s'agirait d'ailleurs selon les termes mêmes du rapporteur de la loi M.A. GAZIER d'une omission involontaire (COHEN, *op. cit.*, p. 72).

(371) Voir notamment BRETHER, « La réforme des comités d'entreprise », J.C.P. 1946-I.570. Dans le même sens Tribunal civil Seine, 24 février 1954, D.S. 1954, p. 686, confirmé en appel, Cour de Paris, 3 novembre 1955, D.S. 1955, p. 629 sur conclusions conformes de l'avocat général ROLLAND, D.O. 1956, p. 26 (à propos du comité d'entreprise de la R.A.T.P.). Voir COHEN. Thèse citée, p. 91.

(372) Avis de la section des travaux publics du Conseil d'Etat du 17 juin 1947 au sujet du comité d'entreprise de la R.A.T.P.

(373) Voir P. D. « La constitution des comités d'entreprise dans les services publics industriels et commerciaux », D.S. 1954, p. 680. DURAND, *op. cit.*, T. I., n° 376, p. 466.

(374) Réponses aux questions écrites n°s 501 et 551, J.O. des 23 juillet 1947 (p. 3454) et 30 janvier 1948 (p. 120).

(375) Parfois la direction s'y est opposée. Voir exemples cités par M. GAZIER, séance du 12 mars 1953 (J.O. A.N., *Doc.* n° 5852, p. 548) : théâtres nationaux, agence France-Presse, O.N.E.R.A.

(376) LE GUAY, « La Constitution et le fonctionnement des comités d'entreprise dans le secteur public », *Rev. fr. du travail* 1949, p. 480.

(377) Voir D. 26 juillet 1949 (J.O. du 28) concernant l'organisation et le fonctionnement de comités mixtes à la production dans les établissements et directions de la Défense nationale.

d'entreprise dans le domaine social (378), tandis que les comités mixtes à la production les remplacent dans le domaine technique. Consulté sur la question de savoir si le conseil d'administration des entreprises nationalisées devait comprendre à la fois des représentants du personnel dans le cadre de la gestion tripartite et des représentants des comités d'entreprise à titre d'observateurs comme pour toute société anonyme, le Conseil d'Etat avait répondu par la négative (379).

Le Conseil d'Etat, statuant au contentieux et la Cour de cassation, ont récemment tranché le problème en déclarant la législation de droit commun applicable aux services publics industriels et commerciaux. Pour sa part, la Cour de cassation a admis l'application de la loi du 16 avril 1946 aux délégués du personnel institués en application de la Convention collective en vigueur au sein du Commissariat à l'énergie atomique, malgré les conclusions contraires de l'avocat général Albucher (380). La Cour de cassation a, en effet, considéré que le C.E.A. est un établissement « de caractère industriel » en même temps que « scientifique et technique » (381). On peut admettre qu'une solution identique aurait été admise s'il s'était agi d'un comité d'entreprise. Quant au Conseil d'Etat, saisi au sujet du comité d'entreprise créé à Air France, il a précisé que les textes sur les comités d'entreprise étaient applicables à toutes les sociétés nationales gérant ou non un service public industriel ou commercial (382).

S'agissant des services publics dont le personnel était soumis aux dispositions de la loi du 19 octobre 1946, la participation à la gestion s'effectuait par l'entremise des comités techniques paritaires et des commissions administratives paritaires.

256. — En application des dispositions de l'article 20, 1^o de la loi précitée, « dans chaque administration ou service, le ministre intéressé institue par arrêté une ou plusieurs commissions administratives paritaires ayant compétence dans les limites fixées par le... statut et par les règlements d'application, en matière de recrutement, de notation, d'avancement, d'affectation, de discipline, et plus généralement, pour toutes questions concernant le personnel » (383). Comprenant un nombre égal de représentants

(378) D. 3 février 1955.

(379) Avis du 18 octobre 1948 (Section des Travaux publics) cité par COHEN, p. 146.

(380) Conclusions publiées dans D.S. 1958, p. 533.

(381) Cass. Soc., 21 novembre 1957, D.S. 1958, p. 163.

(382) C.E., 2 mai 1959, Syndicat général du personnel d'Air France, A.J. 1959.I.116, chronique de jurisprudence, GALABERT et COMBARNOUS : les commentateurs soulignent qu'il n'y a aucune raison de limiter cette solution aux seules sociétés nationales.

(383) Le règlement d'administration publique prévu par l'article 22 de la loi pour la mise en place des organismes représentatifs du personnel a été pris le 24 juillet 1947, et plusieurs fois modifié par la suite.

de l'administration et du personnel, ces commissions jouaient, nous l'avons vu, le rôle de conseils de discipline et exerçaient les attributions des anciennes commissions d'avancement. Par ailleurs, elles étaient saisies de toutes questions d'ordre individuel concernant le personnel. On pouvait dire que ces commissions représentaient directement le personnel dans la mesure où ses représentants étaient désignés par les agents eux-mêmes. L'ordonnance du 4 février 1959 a été particulièrement discrète sur ces organismes dont elle ne traite qu'incidemment. Or, on ne peut s'empêcher de faire remarquer que la seule existence d'organismes paritaires reconnue par la loi ne suffit pas à constituer une garantie, dès lors que leur compétence n'est pas précisée par le législateur lui-même. C'est le décret n° 59-307 qui a déterminé les règles relatives à la composition, aux compétences et au fonctionnement des commissions paritaires. Certes, la plupart des dispositions antérieures ont été reprises, mais nous avons déjà eu l'occasion de signaler l'affaiblissement du rôle de ces commissions en matière disciplinaire. Il faut de plus souligner comme étant significatif de la nouvelle orientation du statut des fonctionnaires le fait que, désormais, les commissions ne pourront plus être saisies que par leur président ou par la moitié au moins des représentants du personnel, et non plus, simplement, par l'un quelconque de leurs membres.

257. — Mais, l'affaiblissement de la participation des fonctionnaires à la gestion des services apparaît encore plus nettement si l'on envisage le statut des comités techniques paritaires. Ceux-ci avaient été institués par l'article 20, 2° de la loi du 19 octobre 1946 (384). Dans chaque administration ou service, le ministre intéressé avait dû créer, par arrêté, un ou plusieurs comités techniques paritaires qui saisissaient les ministres dont ils relevaient ou étaient saisis par eux ou par le Président du Conseil des problèmes intéressant l'organisation ou le fonctionnement de l'administration ou du service. Ils proposaient les mesures qu'ils estimaient propres à les résoudre, et étaient tenus au courant de la suite donnée à leurs propositions. Ainsi, le Conseil d'Etat avait-il estimé que lorsque la consultation d'un comité technique paritaire était prévue par un texte, en vue de l'élaboration d'un statut intéressant une catégorie spéciale d'agents, on ne pouvait remplacer cette consultation par celle des organisations syndicales des agents intéressés (385). Et cela, bien que l'on ait pu estimer que les comités techniques paritaires représentaient les syndicats (386). En effet, si ces comités comportaient à égalité des représentants

(384) FLORY, « Les comités techniques paritaires », chronique au *Dalloz* 1952, p. 51.

(385) C.E., 19 novembre 1955, Andreani, *Rec.*, p. 532. Concl. LANDRON, R.P.D.A. 1956, p. 25. Voir également A. LEFAS, E.D.C.E. 1958, p. 90.

(386) P.-M. GAUDEMET, « Déclin de l'autorité hiérarchique ». Chronique au *Dalloz* 1947, pp. 137 et suiv.

de l'administration et des représentants du personnel, il faut remarquer que ceux-ci étaient désignés par les syndicats les plus représentatifs.

Un régime particulier avait été institué pour les départements ministériels militaires eu égard à la nature de ces administrations et à l'importance des effectifs civils qu'elles emploient (387). C'est ainsi que les quatre comités techniques institués auprès du ministre de la Défense nationale et des trois secrétaires d'Etat aux Forces armées, connaissaient des mêmes questions que ceux des ministères civils, mais seulement dans la mesure où elles intéressaient les services centraux et les personnels civils des Armées. On avait normalement exclu de leur compétence les questions intéressant directement l'organisation militaire du pays.

Ainsi, compte tenu des particularités de l'administration militaire on avait aménagé, sans la supprimer, la participation des agents publics à la gestion des services publics qui s'intégrait dans le cadre plus vaste du principe de la collaboration des membres de toute institution à l'organisation et au fonctionnement de celle-ci.

On a estimé, par la suite, que ces comités s'étaient détournés de leur vocation initiale dans la mesure où les représentants syndicaux y auraient trop souvent fait passer l'intérêt des agents avant celui de l'Administration (388). Aussi, a-t-on pu songer à un certain moment, qu'ils seraient supprimés par le nouveau statut. Finalement, cette solution n'a pas été retenue et, contrairement à ce qui a pu être écrit dans la presse à l'époque, l'institution de ces comités n'est pas devenue simplement facultative. Mais la discrétion de l'ordonnance à l'égard des comités est très significative. Elle se borne à prévoir leur existence sans préciser à aucun moment, ni leurs attributions, ni même dans quelles conditions ils seraient composés. C'est le décret n° 59-307 qui a confirmé les compétences précédemment reconnues aux comités et a repris le même mode de désignation des membres dont le mandat est porté à 3 ans, comme celui des membres des commissions paritaires. En revanche, le nouveau statut a introduit une modification importante en ce qui concerne le fonctionnement de ces comités. En dépit d'une maladresse de rédaction déjà mentionnée, il résulte des nouvelles dispositions, et notamment de l'article 46 du décret précité, que la compétence des comités est désormais facultative, dans la mesure où la saisine des comités n'appartient plus qu'au ministre dont ils relèvent. On ne peut s'empêcher de considérer que les modifications apportées aux organismes paritaires de la fonction publique ont quelque peu atténué le courant démocratique résultant du statut de 1946.

(387) Décrets du 5 novembre 1948 et du 30 décembre 1948, voir COUTANT, « Les comités techniques paritaires dans les départements ministériels militaires », R.A. 1950, p. 52.

(388) *Le Monde* des 7 et 22-23 février 1959.

CHAPITRE III

LA CONDITION PERSONNELLE DES AGENTS

Sous ce titre, nous nous proposons d'examiner différents aspects de la condition juridique des préposés en fonction de leur activité au sein de l'institution. Nous envisagerons en premier lieu les conditions dans lesquelles la responsabilité des préposés peut être mise en jeu du fait de leur participation à l'activité de l'institution. Nous verrons ensuite dans quelles conditions s'effectue la rémunération des agents et quels sont les avantages sociaux dont ils disposent. Enfin, le problème de la sécurité de l'emploi retiendra notre attention.

Nous constaterons, certes, que sur ces différents points, la condition juridique des agents des personnes publiques est loin d'être identique à celle des agents des personnes privées, mais nous essaierons de mettre l'accent sur les différents traits dont l'amplification est de nature à accentuer le rapprochement de ces deux conditions.

SECTION I

LA RESPONSABILITÉ DES AGENTS

258. — Il n'est pas dans nos intentions de nier l'originalité du régime de responsabilité applicable aux agents publics, mais nous ne croyons pas que cette originalité soit totale ni qu'elle ne soit que le corollaire de l'originalité des tâches administratives (1),

(1) Voir P. LOUIS-LUCAS, *Aspects nouveaux de la responsabilité pécuniaire des agents publics*. Th. Dijon 1952, pp. 5-6.

car ce dernier trait est loin d'avoir une portée générale et absolue. Nous croyons au contraire, que si, à l'origine, la responsabilité des agents publics a été foncièrement différente de celle des salariés privés, il s'est produit une évolution parallèle à l'évolution de la responsabilité publique (2), de telle sorte qu'à l'heure actuelle, les deux catégories de responsabilité présentent de nombreux points communs, qu'il s'agisse aussi bien de la situation de la victime que de celle du commettant, patron ou personne publique.

Bien que la responsabilité civile ne soit qu'un des aspects de la responsabilité, nous n'envisagerons dans la suite de cette étude que les problèmes soulevés par la réparation pécuniaire des dommages causés par les agents, car, c'est de loin celle qui est la plus intéressante.

259. — La responsabilité sur le plan disciplinaire ne se présente, en effet, pas différemment pour les agents publics et pour les salariés privés. Bornons-nous à signaler les particularités de la responsabilité pénale des agents publics limitativement prévues par le Code pénal (3) : certains délits peuvent être commis par n'importe quel fonctionnaire (actes arbitraires, concussion, empiètement sur les pouvoirs législatif ou judiciaire, etc.), d'autres délits sont particuliers à certaines catégories de fonctionnaires (fonctionnaires de la police : attentats à la liberté ; magistrats : partialité, déni de justice ; fonctionnaires d'autorité : délit de coalition, etc.), certains délits changent de qualification lorsqu'ils sont commis par des fonctionnaires (détention arbitraire, soustractions commises par les dépositaires publics, forfaiture au lieu de séquestration arbitraire, abus de confiance, crime) ; enfin, dans certains cas, la qualité de fonctionnaire de l'auteur de l'infraction modifie la pénalité sans changer la qualification, par le jeu de circonstances aggravantes générales ou spéciales. Par ailleurs, bien entendu, tous les fonctionnaires sont soumis intégralement au régime pénal de droit commun. Quant à la responsabilité politique, elle n'existe que pour certains agents des personnes publiques (ministres, maires, président du conseil général) qui, nous l'avons vu, sont des « gouvernants » et non des « préposés ».

260. — S'agissant de la responsabilité civile des agents, l'évolution respective de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence judiciaire a contribué à rapprocher la situation faite aux victimes, qu'il s'agisse des dommages causés par un agent public ou par un agent privé, et la situation du commettant, personne publique ou personne privée. De même, le préposé s'est vu

(2) EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des collectivités publiques », J.C.P. 1949.I.742 et 751.

(3) WALINE, « Les rapports du droit administratif et du droit pénal », Cours 1947-1948, pp. 14 et suiv.

reconnaître un droit d'action contre son commettant quelle que soit l'institution au service de laquelle il a été engagé.

On s'est rendu compte que certains des arguments invoqués pour justifier un régime de responsabilité des agents des personnes publiques moins rigoureux que celui du droit commun n'avaient pas la portée péremptoire qu'on voulait bien leur attribuer. Car, on peut tout aussi bien dire, en parlant d'un agent privé, que l'étendue parfois considérable des dommages est sans rapport avec sa situation de fortune et le risque de paralysie de l'initiative des agents n'est pas particulier aux rapports de droit public. D'autre part, le souci de garantir la victime du risque d'insolvabilité de l'agent public ne devait pas pour autant conduire pratiquement à un régime d'irresponsabilité (4).

Car, en fin de compte, la responsabilité des agents est plus efficace que celle des collectivités pour éviter le renouvellement des fautes et apparaît comme une puissante garantie contre l'arbitraire administratif et donc comme un facteur de moralité administrative (5).

Nous allons constater que la situation de la victime se trouve, à l'heure actuelle, aussi bien protégée, qu'elle ait été victime des agissements d'un salarié privé ou d'un agent public. Nous verrons de plus que si sur le plan de l'obligation à la dette de responsabilité, la situation de l'agent public peut sembler plus avantageuse que celle du salarié privé, sur le plan de la contribution à la dette, le mécanisme des actions récursoires détruit sensiblement ces avantages apparents.

§ 1. — La distinction de la faute personnelle et de la faute de service au regard de la responsabilité des agents des personnes publiques.

261. — Traditionnellement, on considérait que la distinction faute personnelle - faute de service, introduite à tort par le Tribunal des Conflits par l'arrêt Pelletier (6) en contradiction avec le décret-loi du 19 septembre 1870 (7), était un avantage appréciable pour les agents publics. Mais la jurisprudence récente du Conseil d'Etat a

(4) WALINE, « De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et des moyens d'y remédier », R.D.P. 1948, p. 5.

(5) LOUIS-LUCAS. Thèse précitée, pp. 14 et 15.

(6) T.C., 30 juillet 1873, Pelletier, concl. DAVID, D. 1874-III-5.

(7) M. WALINE (*op. cit.*, 7^e éd., n° 1093) insiste sur le fait que le Tribunal des Conflits a méconnu la formule du décret-loi de 1870 qui abrogeait non seulement l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, instituant une garantie administrative pour les fonctionnaires mais aussi toutes autres dispositions de lois mêmes générales, donc même celle de 1790 sur la séparation des pouvoirs pouvant faire obstacle aux poursuites dirigées contre un agent public.

considérablement affaibli la position privilégiée des agents publics en opérant un dédoublement de ces deux notions. Désormais, il y a deux notions de faute personnelle et deux notions de faute de service. Ce dédoublement est dû au fait qu'à l'heure actuelle la distinction faute personnelle - faute de service n'est plus envisagée seulement sur le plan de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, mais également sur le plan du partage des responsabilités au fond, entre personne publique et agent public.

262. — Le législateur de 1870 avait certes voulu que le fonctionnaire fût responsable devant les tribunaux judiciaires comme un citoyen ordinaire, mais l'interprétation donnée par le Tribunal des Conflits a considérablement réduit la portée de la réforme que le décret-loi de 1870 avait voulu introduire. L'arrêt Pelletier posa d'une part le principe, encore en vigueur à l'heure actuelle, que l'Administration répond seule des fautes ayant exclusivement le caractère de faute de service (8) et, d'autre part, le Tribunal des Conflits affirmait la distinction absolue, mais sur ce point nous noterons une évolution de la jurisprudence, entre la faute de service engageant la responsabilité de l'Administration devant les tribunaux administratifs, qui lui appliquaient les règles du droit administratif et la faute personnelle engageant la responsabilité personnelle de l'agent public devant les tribunaux judiciaires qui faisaient application des règles du droit civil (9). Mais, rejetant l'alternative pure et simple à laquelle conduisait l'arrêt Pelletier (la responsabilité personnelle de l'agent étant exclusive de celle de l'Administration et inversement), la jurisprudence administrative devait progressivement admettre un cumul des responsabilités aboutissant pratiquement aux mêmes résultats, sur le plan de l'obligation de la dette que l'article 1384, alinéa 5 du Code civil.

263. — Par contre, encore à l'heure actuelle, se trouve posé le principe de la compétence exclusive de la juridiction administrative pour connaître des actions dirigées contre l'Administration à raison de fautes de service commises dans le cadre de la gestion publique (10) et de la compétence des tribunaux judiciaires pour connaître des actions dirigées contre les agents du fait de leurs

(8) La Cour de cassation avait déjà admis que tous les actes des fonctionnaires n'étaient pas des actes relatifs à leurs fonctions au sens de l'article 75 (Cass. 31 mars 1864, Lefèvre-Pontalis c. Cheronnet, S. 1864.I.248).

(9) A l'exclusion de l'article 1384, alinéa 5, sur la responsabilité des commettants. Voir *infra*.

(10) La connaissance des fautes de service commises dans le cadre de la gestion privée relevant normalement de la compétence des tribunaux judiciaires.

fautes personnelles (11). On a ainsi pu dire que la garantie personnelle de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII avait été remplacée par une garantie réelle fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs. La paralysie par le Conseil d'Etat des poursuites dirigées contre l'agent a été remplacée par le pouvoir donné à l'Administration d'élever le conflit (12). De plus, non seulement l'Administration a le pouvoir d'élever le conflit, mais en vertu de l'article 11, alinéa 2 de l'ordonnance de 1959, elle en a le devoir, sous peine de voir l'agent se retourner contre elle.

264. — La faute personnelle est la faute qui est détachable de la fonction. Toute faute personnelle n'a pas forcément besoin d'être matériellement détachable de la fonction, il suffit qu'elle le soit intellectuellement. Sur le plan doctrinal, deux conceptions ont été défendues : l'une repose sur une analyse subjective, l'autre sur une analyse objective (13). La théorie classique se rattache à la conception subjective. On la trouve formulée pour la première fois par Laferrière dans ses conclusions dans l'affaire Laumonnier-Carriol (14) : « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux; si au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par un dol, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction... la responsabilité civile ne s'ajoute à la responsabilité administrative que si l'irrégularité commise par le fonctionnaire constitue en même temps une faute lourde excédant les risques ordinaires de la fonction ou si elle révèle une intention mauvaise. » Telle est la « doctrine des passions ».

265. — Duguit, pour sa part, avait élaboré la théorie du but poursuivi (15), selon laquelle le fait pour un agent de sortir du but de sa fonction constituait une faute personnelle. Le critère du but était complété par la théorie de la faute incluse (16) faisant appel à une conception objective.

266. — Cette conception objective a été défendue par le commissaire du Gouvernement Léon Blum dans ses conclusions dans

(11) P. COT. *La Responsabilité civile des fonctionnaires publics*. Th. Paris 1922. — H. DUPEYROUX, *Faute personnelle et faute de service*. Th. Paris 1922. — H. DIVANACH, *La Responsabilité civile des fonctionnaires*. Th. Rennes 1935. — DOUC R., *Les Frontières de la faute personnelle et de la faute de service en droit administratif français*. Th. Paris 1957. — J. MOUSSÉ, *La Responsabilité civile des agents publics*. Th. Paris 1957.

(12) LOUIS-LUCAS. Th. précitée, p. 44.

(13) DE LAUBADÈRE, D.A. 2^e éd. 1957, n° 847, p. 453.

(14) T.C., 5 mai 1877, Laumonnier-Carriol, *Rec.*, p. 437.

(15) DUGUIT, *Traité*, T. III, p. 262.

(16) C.E., 26 juillet 1918, Lemonnier, S. 1918-19.III.41.

l'affaire Lemonnier (17). Une faute apparaissait détachable ou non selon que son appréciation n'obligeait pas ou, au contraire, obligeait le juge à apprécier l'acte administratif à l'occasion duquel le dommage a été causé. Jèze considérait comme faute personnelle la faute lourde (erreur de fait ou de droit grossière, violation de la loi pénale, par exemple) (18). Hauriou, quant à lui, assurait la liaison entre les deux conceptions : il adopta d'abord la même solution (19) que Jèze, puis se prononça pour les « critères intentionnels » (20), c'est-à-dire la volonté de l'agent de ne pas agir conformément à la loi ou au service. Cet élément subjectif se combinait avec un élément objectif en ce sens que ces critères intentionnels devaient être envisagés en même temps que les concepts objectifs de la « circonstance détachable » et de la « non-conformité aux habitudes du service » (21).

267. — La doctrine contemporaine tend à serrer de plus près les solutions jurisprudentielles, ce qui lui permet de constater que suivant le cas ce seront des éléments subjectifs ou objectifs qui seront pris en considération et de classer les fautes personnelles en deux grandes catégories : les fautes personnelles extérieures au service et les fautes personnelles commises dans le service mais détachables de l'exercice des fonctions (22). Dans la première catégorie doivent être rangées toutes les fautes commises en dehors de la fonction, sans aucun lien avec le service. Ce sont les fautes commises dans la vie privée, en marge de l'exercice des fonctions. L'agent public est alors responsable dans les mêmes conditions qu'un salarié privé, la personne publique restant étrangère à l'action de la victime. Dans la seconde catégorie, celle des fautes personnelles qui ne sont pas dépourvues de tout lien avec le service, il faut ranger, d'une part, les fautes intentionnelles et, d'autre part, les fautes caractérisées ou fautes lourdes, c'est-à-dire celles qui présentent une gravité particulière dépassant la moyenne des fautes auxquelles on peut s'attendre. Il faut signaler que toute infraction pénale ne constitue pas nécessairement une faute personnelle (23). La faute délictuelle n'est pas, en elle-même, dans tous les cas, détachable de la fonction, affirme de son côté la Cour de cassation, qui laisse aux juges du fond le soin de préciser en quoi la faute génératrice du dommage ne peut être qualifiée fait de service (24).

(17) Note sous Bordeaux, 19 juin 1917, S. 1918.2.1.

(18) Note à la R.D.P. 1909, p. 267.

(19) Note au *Sirey*, 1895, III, 65.

(20) Note au *Sirey*, 1898, III, 48.

(21) D.A. 11^e éd., p. 320.

(22) Voir VEDEL, *Droit administratif*, 1958, T. I, p. 201 — ODENT, *Contentieux administratif*, 1957-58, p. 248 et la jurisprudence citée et note BENOIT sous C.E., 1^{er} octobre 1954, BERNARD, D. 1954, p. 167.

(23) T.C., 14 janvier 1935, Thepaz, S. 1935.III.17, note ALIBERT.

(24) Cass. crim. 3 avril 1942, D. 1942, p. 137. note WALINE.

Mais, comme l'a fait remarquer M. Vedel (25), la règle d'indépendance entre l'infraction pénale et la faute personnelle ne s'applique guère qu'aux contraventions et aux délits d'imprudence. Normalement, toute infraction pénale autre qu'une contravention ou un délit d'imprudence présente à la fois le caractère intentionnellement dolosif et la gravité qui constituent alternativement le critère de la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service (26).

268. — Bien que la jurisprudence judiciaire applique sensiblement les mêmes critères que ceux du Conseil d'Etat pour retenir une faute personnelle, il peut arriver qu'un agent public soit poursuivi devant les tribunaux judiciaires sur la base d'une faute qui serait, en réalité, une faute de service. Il pourra alors se prévaloir à l'égard de l'Administration de l'article 11, alinéa 2, de l'ordonnance du 4 février 1959, aux termes duquel : « Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui. » (27). Le législateur a délibérément visé l'hypothèse où une décision de justice passée en force de chose jugée serait entachée d'une erreur de droit. Mais s'il apparaît étrange de voir le législateur supputer ainsi les erreurs du juge, M. Vedel a cependant relevé une hypothèse où le juge judiciaire en imputant à un agent public la responsabilité d'une faute de service ne commet pas une erreur de droit et où l'article 14, alinéa 2, de la loi du 19 octobre 1946, et actuellement l'article 11, alinéa 2, de l'ordonnance de 1959, perd tout sens désobligeant (28). Lorsque le dommage a été causé par un agent public dans l'accomplissement du service judiciaire ou des services rattachés au service judiciaire, l'action en réparation relève du juge civil et les règles du droit civil sont applicables. Or, le droit civil ignore, en principe, la distinction entre faute personnelle et faute de service. Toute faute de l'agent dans l'accomplissement du service, ou hors de celui-ci, engage la responsabilité de son auteur et une jurisprudence constante interdit l'élévation du conflit lorsque le dommage a été causé dans l'exécution du service judiciaire

(25) Note sous T.C., 19 mai 1954, Dame Reszetzin, J.C.P. 1954.II.8244.

(26) Voir également LIET-VEAUX, « La Caste des intouchables ou la « théorie » du délit de service », chronique au *Dalloz* 1952, p. 133, qui critique l'attitude de la jurisprudence judiciaire.

(27) Cet article 11 s'inspire de l'article 14, alinéa 2 de la loi du 19 octobre 1946 (voir chronique NGUYEN-QUOC-DINH au *Dalloz* 1948, p. 157) et de la jurisprudence du Conseil d'Etat depuis l'arrêt Laruelle, que nous aurons l'occasion d'examiner par la suite, pour préciser que cette garantie ne peut être mise en jeu qu'en l'absence de faute personnelle.

(28) VEDEL, note sous Cass. civ., 12 octobre 1954, Pomo c. Courtebœuf, J.C.P. 1955.II.8662.

ou des services assimilés, sans distinguer entre la faute de service et la faute personnelle (29). Nous croyons que l'article 11, alinéa 2, s'applique également, en dehors de toute erreur du juge judiciaire, toutes les fois que l'on se trouve dans le cadre de la gestion privée des personnes publiques, c'est-à-dire toutes les fois que s'applique normalement aux personnes publiques les règles du droit privé, qui ignorent la distinction entre les deux catégories de fautes (30). Si cette distinction fondamentale de la responsabilité publique est ignorée en droit privé, relevons cependant l'affirmation émise par certains auteurs, selon lesquels la distinction entre faute détachable et faute non détachable apparaîtrait derrière la jurisprudence judiciaire, excluant la responsabilité du maître, lorsque le préposé a été envisagé par la victime comme agissant non pour le compte du commettant, mais en son nom personnel (31).

269. — Par ailleurs, il est des cas où l'agent public se trouve privé de la protection résultant de la séparation des autorités administratives et judiciaires et doit répondre des fautes qu'il a commises comme un simple particulier. Il s'agit, tout d'abord, des cas où le délit consiste en une atteinte à la liberté individuelle. L'article 112 de l'ancien Code d'instruction criminelle interdit l'élévation du conflit dans ce cas et attribue compétence exclusive aux tribunaux de l'ordre judiciaire pour les instances civiles fondées sur des faits constitutifs d'atteinte à la liberté individuelle. Le Tribunal des Conflits avait certes interprété cette règle de façon restrictive (32) : le conflit ne pouvait être élevé en ce qui concerne l'action dirigée contre le fonctionnaire personnellement, même s'il s'était rendu coupable d'une faute de service (33), mais il pouvait l'être lorsque l'action en dommages-intérêts était dirigée contre l'Administration elle-même. Le nouveau Code de procédure pénale, institué par la loi du 31 décembre 1957 et qui est entré en application le 2 mars 1959, a expressément condamné, dans son article 136, cette interprétation restrictive, consacrant ainsi le bien-fondé des critiques émises par la doctrine (34). D'ailleurs, sauf dans les cas où le jeu de la théorie des circonstances exception-

(29) T.C., 9 juillet 1953, NARDON, J.C.P. 1953.II.7797, note RIVERO.

(30) Voir SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, 2^e éd. 1951, T. I, p. 989. Cependant *contra* : PHILONENKO, « Responsabilité directe du chauffeur salarié dans un accident d'automobile ». G.P. 1941.I. doctr. 38 et cour Paris, 14 mars 1930. D.P. 1930.II.115, note critique BESSON.

(31) G. RENARD, « L'Aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé ». *Mélanges Geny*, T. III, p. 76.

(32) T.C., 27 mars 1952, dame de La Murette, R.D.P. 1952, p. 757, note WALINE.

(33) T.C., 30 novembre 1953, Métivier, *Rec.*, p. 594.

(34) Notes EISENMANN, sous C.E., 7 novembre, 1947, Alexis et Wolff, D. 1948, p. 472, et T.C. 27 mars 1952, précité, D. 1954, p. 291.

nelles y fait obstacle (35), ces atteintes à la liberté individuelle constituent des voies de fait (36) à l'égard desquelles les tribunaux judiciaires ont plénitude de juridiction puisque s'agissant d'actes administratifs « dénaturés », la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire ne saurait protéger l'Administration (37). La notion de voie de fait l'emporte, en effet, sur celle de faute de service, en ce qui concerne la délimitation des compétences (38). Mais, les fonctionnaires ne seront pas nécessairement condamnés à réparer sur leurs biens personnels les conséquences de leurs agissements, dès lors que la mesure incriminée émanait « non de l'homme, mais du fonctionnaire (39) ». Il leur appartient de déterminer, au vu des circonstances propres à chaque espèce, dans quelle mesure la prise en considération d'un intérêt personnel ou de l'intérêt du service, l'obéissance à des ordres reçus ou tous autres faits peuvent excuser ou au contraire charger le fonctionnaire. La Cour de cassation annule, comme insuffisamment motivée, la condamnation d'un fonctionnaire fondée sur la seule constatation d'une voie de fait. Elle exige que soit relevée l'imputation d'un fait personnel (40).

270. — Si l'on envisage la situation des victimes des dommages causés par des préposés, il faut signaler que si s'agissant de préposés d'une personne publique, une action ne peut, en principe, être dirigée contre ceux-ci qu'en cas de faute personnelle, alors que les actions dirigées contre les préposés des personnes privées ne connaissent pas une telle restriction, du moins la mise en jeu de la responsabilité du commettant, tant public que privé, s'appuie sur les mêmes principes fondamentaux (41). Cette similitude du fond est d'autant plus remarquable que la jurisprudence judiciaire se présente comme commandée par l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, alors que la jurisprudence administrative s'est formée et développée indépendamment de toute référence formelle à

(35) T.C., 12 février 1953, époux Jaubert, *Rec.*, p. 584. Jurisprudence relative aux atteintes à la liberté a été étendue aux atteintes à la vie : T.C. 28 mars 1955, préfet du Lot-et-Garonne, R.P.D.A. 1956, p. 1, note EISENMANN

(36) C.E., 25 juin 1954, Escorbiac, *Rec.*, p. 388.

(37) Voir note VEDEL sous Cass. civ., 8 juillet 1954, J.C.P. 1955.II.8674 et chronique au J.C.P. 1950.I.851.

(38) T.C., 10 décembre 1956. Randon, R.D.P. 1957, p. 883, note WALINE, D. 1957, p. 483, concl. GUIONIN, chronique FOURNIER et BRAIBANT, A.J. 1957. II, p. 94.

(39) Concl. JOSSE dans T.C., 8 avril 1935, *Action française*, D. 1935.III.25

(40) Cass. civ., 30 novembre 1955, Guislain - 12 décembre 1955, Crédit Commercial de France. R.D.P. 1956, p. 564 et note critique de M. WALINE.

(41) CHAPUS, *op. cit.*, n° 246, p. 263. — CORNU, *Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*. Th. Paris 1949, pp. 37 et suiv. et 63.

cet article (42) conçu pour les rapports entre personnes privées (43). C'est là une nouvelle illustration d'une constatation que nous avons déjà faite à plusieurs reprises : à savoir qu'une différence « formelle » n'exclut pas une ressemblance au fond.

§ 2. — Responsabilité du préposé et responsabilité du commettant

Si l'on envisage les grands traits du régime de la responsabilité du fait d'autrui, en droit public et en droit privé, on constate que les règles essentielles qui les régissent sont sensiblement identiques, à l'exception de certains points de détail (44). Toutefois, il faut noter l'évolution récente de la jurisprudence judiciaire en matière d'abus de fonction, car elle devra être rapprochée des principes posés par la jurisprudence administrative en matière d'actions dirigées par les collectivités contre leurs agents.

A. — L'OBLIGATION A LA DETTE DE RESPONSABILITÉ.

Un rapprochement marqué, sinon une identité parfaite caractérise les conditions de la responsabilité du fait d'autrui, c'est-à-dire l'obligation à la dette de responsabilité tant en droit public qu'en droit privé, qu'il s'agisse de l'existence d'un rapport entre le répondant et l'auteur du fait dommageable, du caractère fautif du fait dommageable et de l'exigence d'un rapport entre la fonction et le fait dommageable.

271. — Il faut tout d'abord qu'il existe un rapport entre la personne poursuivie, publique ou privée, et l'auteur du fait dommageable. Ce rapport, c'est le lien de préposition.

Contrairement à l'opinion émise par certains auteurs (45), nous estimons que cette notion n'est pas exclusive du droit privé et que rien ne s'oppose à ce que l'on considère les personnes publiques, y compris l'Etat, et les agents, comme des commettants et des préposés, alors que des personnes morales de droit privé peuvent être des commettants soumis à l'article 1384 (46). On ne peut, en effet, refuser la qualité de préposé à un agent de l'Administration, sous prétexte qu'il serait un organe de la personne morale publique. A notre avis, les organes des collectivités publiques territoriales, dont dépendent les autres personnes publiques, sont les personnes

(42) Dans ses conclusions dans les affaires Defaux, Mimeur et Besthelsmer, le commissaire du Gouvernement GAZIER a cependant fait allusion à l'article 1384, alinéa 5.

(43) EISENMANN, article cité, J.C.P. 1949.

(44) CHAPUS, *op. cit.*, pp. 228 et suiv. auquel nous empruntons l'essentiel des développements qui vont suivre. Voir également GUYÉNOT, *op. cit.*

(45) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, 4^e éd., T. III, n° 2008-2, p. 34.

(46) Voir en ce sens, CHAPUS, *op. cit.*, p. 229, n° 213. — EISENMANN, article cité, J.C.P. 1949.

élus, les gouvernants, et c'est leur situation qui peut être comparée à celle du conseil d'administration d'une société. Ce sont les gouvernants, en tant que représentants de la souveraineté nationale, qui sont titulaires d'une parcelle de cette puissance publique, qui est nécessaire pour assurer l'exercice de la souveraineté. Les agents des personnes publiques qui dépendent des institutions par l'intermédiaire des gouvernants ne sont que des préposés. Comme l'a noté M. Chapus, les opinions divergent et la jurisprudence a varié sur la détermination des conditions du lien de préposition. Il semble qu'à l'heure actuelle, ni la rémunération (47), ni le contrat (48), ni le libre choix de l'auteur du dommage (49) par le représentant ne sont plus pris en considération, ni par la jurisprudence judiciaire ni par la jurisprudence administrative. Reprenant la définition proposée par M. Chapus, nous considérerons que « doit répondre d'un fait dommageable accompli par une autre personne celui qui, personne privée ou collectivité publique, a le droit de lui donner des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles elle est employée » (50). Le commettant privé est alors celui qui a « un droit de direction, de surveillance et de contrôle » (51), au même titre qu'une collectivité publique sera responsable des dommages causés par une personne placée « sous (son) autorité » (52) et dont la participation au service était « effective et dirigée » (53). Mais il faut, de plus, qu'il y ait « exercice d'une fonction pour le compte de qui a autorité ». Ce qui exclut aussi bien la responsabilité du commettant pour les dommages causés par son préposé en dehors de l'exercice de ses fonctions que celle de la personne publique pour les fautes personnelles de ses agents dépourvues de tout lien avec le service. Autrement dit, il faut qu'il y ait un rapport entre la fonction et le fait dommageable.

272. — Mais avant d'examiner cette question, il nous faut dire un mot de la condition relative au caractère fautif du fait dommageable. La responsabilité du commettant privé comme celle de la personne publique est conditionnée par la commission d'une faute de la part du préposé privé ou public. Pour reprendre une formule

(47) Cour Paris, 11 février 1946, J.C.P. 1946.II.3188, note COSTE. Sur la responsabilité de la collectivité publique du fait des dommages causés par un collaborateur bénévole : voir C.E., 22 mars 1957, Cie d'Ass. L'Urbaine et la Seine, A.J. 1957.II.343, note FOURNIER et BRAIBANT, A.J. 1957.II.185.

(48) Cour Paris, 26 octobre 1938, S. 1939.II.13.

(49) Civ., 30 avril 1947, J.C.P. 1947.II.3628, note R.C. — Cour Paris, 26 octobre 1938 et C.E., 22 mars 1957 précités.

(50) CHAPUS, *op. cit.*, n° 217, p. 231.

(51) Cass. crim., 2 juillet 1942, S. 1943.I.76.

(52) C.E., 21 octobre 1949, Cie d'Ass. La Mutuelle du Mans, D. 1950, p. 162, note WALINE.

(53) C.E., 22 mars 1957, Cie d'Ass. L'Urbaine et la Seine, précité.

de la jurisprudence judiciaire : « le civilement responsable ne répond pas du fait, mais du quasi-délit des personnes dont la loi le rend responsable » (54). Toutefois, si la responsabilité du répondant présuppose celle de l'auteur du dommage, elle n'est pas pour cela une responsabilité subsidiaire : l'action peut être intentée directement contre le commettant (55). L'anonymat de l'auteur du fait dommageable n'empêche nullement la responsabilité de son répondant d'être engagée et, par ailleurs, l'auteur de ce fait dommageable peut ne pas être mis en cause, même lorsqu'il est connu. Cet anonymat, dont l'existence ne fait pas de doute en droit administratif, existe tout aussi bien en droit privé où il existe ainsi une « faute du service privé » (56).

273. — Pour engager la responsabilité de son commettant, le préposé privé ou l'agent public doit avoir accompli le fait dommageable dans ou à l'occasion de l'accomplissement de ses fonctions. Le rapport de temps, qui peut parfois être difficile à établir pour un préposé privé, ne soulève pas de difficulté, s'agissant d'un agent public, en raison de la minutieuse réglementation des heures de service (57). Mais en tout état de cause, de même que les tribunaux judiciaires exonèrent le commettant de toute responsabilité, quant au fait d'un domestique pendant un congé ou un temps quelconque de liberté (58), ou d'un ouvrier en dehors de ses heures de travail (59), de même les tribunaux de l'ordre administratif dégagent de toute responsabilité les collectivités publiques pour les dommages causés par leurs agents en congé ou, d'une manière plus générale, hors service (60).

Mais toutes les fautes commises par le préposé ou l'agent dans le temps du service n'entraînent pas la responsabilité du commettant ou de la collectivité publique (61). Il faut, de plus, qu'existe entre le fait dommageable et les fonctions, un rapport de but ou de moyen (62). L'acte accompli par un préposé ou un agent public dans le temps de ses fonctions n'engagera la responsabilité du répondant que s'il a été commis avec l'intention de remplir ses fonctions, d'atteindre le but en vue duquel celles-ci avaient été confiées, ou bien que si l'auteur du dommage aura utilisé des moyens

(54) Cour Paris, 23 juin 1950, D. 1950, S. 64. — J.C.P. 1950.II.5855, note RODIÈRE.

(55) Cass. Req. 19 février 1866, S. 1866.I.214.

(56) Cf. EISENMANN, article cité J.C.P. 1949, qui cite l'exemple d'un accident survenu dans un grand magasin.

(57) CHAPUS, *op. cit.*, n° 233, note 2, p. 237.

(58) Tribunal Meaux, 28 avril 1939, G.P. 1939.2.198.

(59) Crim., 27 octobre 1938, G.P. 1938.2.738.

(60) C.E., 22 novembre 1944. Dlle Martin, *Rec.*, p. 303 ; 28 juillet 1951, Standard des Pétroles, *Rec.*, p. 470.

(61) Civ., 23 mars 1953, J.C.P. 1953.II.7661, note ESMEIN. — C.E., 28 novembre 1947, Vve Pastor, *Rec.*, p. 695.

(62) CHAPUS, *op. cit.*, n° 224, p. 238.

mis à sa disposition par son travail, sans toutefois remplir ses fonctions. Ce qui amène à distinguer, avec M. Chapus, deux hypothèses : celle des actes accomplis dans l'exercice de la fonction et celle des actes accomplis à l'occasion de la fonction.

1. Actes accomplis dans l'exercice de la fonction.

274. — Dans cette première hypothèse, il s'agit des dommages causés dans l'exercice normal et régulier de la fonction, mais celle-ci serait exécutée de façon défectueuse. La jurisprudence judiciaire a toujours traditionnellement admis que, dans les cas où en exécutant mal son travail, le préposé occasionnait un dommage à un tiers, la responsabilité du commettant se trouvait engagée (63). Mais, par contre, tous les faits dommageables accomplis par les agents publics dans l'exercice même de leur fonction n'ont pas toujours engagé la responsabilité de la collectivité publique (64).

La jurisprudence administrative n'a admis qu'en 1909 ce que l'on appelle le cumul de responsabilités et qui est, en réalité, une option offerte à la victime. Auparavant, la jurisprudence de l'arrêt Pelletier la conduisait à établir une séparation tranchée entre la responsabilité de l'agent du fait de ses fautes personnelles, d'une part, et celle de la collectivité du fait des fautes de service, d'autre part. Primitivement, les collectivités publiques n'eurent à répondre que des seules fautes les plus légères commises par les agents publics dans l'accomplissement de leurs fonctions, c'est-à-dire des seules fautes de service (65). Mais en 1909, le Conseil d'Etat opère un revirement de jurisprudence (66). Désormais, les fautes graves commises par les agents dans l'exercice de leurs fonctions, donc les fautes personnelles pourront, comme les fautes de service plus légères, permettre l'action de la victime contre la collectivité publique (67). Le Tribunal des Conflits devait à son tour consacrer cette option offerte à la victime d'agir contre l'agent ou contre la collectivité publique (68). Le Conseil d'Etat, après avoir, entre temps, réaffirmé l'existence d'une double action en cas de cumul de fautes (69), devait confirmer sa position relative au cumul de responsabilités, en cas de faute unique s'analysant à la fois en un fait personnel et en un fait de service, dans le célèbre arrêt Lemonnier (70) : « considérant que la circonstance que l'accident

(63) Civ., 30 octobre 1933, G.P. 1933.II.927.

(64) CHAPUS, *op. cit.*, n° 227, p. 238.

(65) C.E., 14 décembre 1906, Sieur J.-M. Currie, *Rec.*, p. 909.

(66) C.E., 12 février 1909, Cie Commerciale de Colonisation du Congo français, *Rec.*, p. 153.

(67) C.E., 16 juillet 1914, Babouet, *Rec.*, p. 882.

(68) T.C., 6 mai 1918, Lempereur, *Rec.*, p. 419.

(69) C.E., 3 février 1911, Anguet, S. 1911.III.137, note HAURIU, reprenant C.E., 8 août 1892, Bardot, concl. ROMIEU, *Rec.*, p. 724.

(70) C.E., 26 juillet 1918, époux Lemonnier, S. 1918-19.III.41. Concl. L. BLUM, et note HAURIU.

éprouvé serait la conséquence d'une faute d'un agent administratif préposé à l'exécution d'un service public, laquelle aurait le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent, par les tribunaux judiciaires, à des dommages-intérêts, et que même cette condamnation aurait été effectivement prononcée, ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre directement contre la personne publique, qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert. »

Le Conseil d'Etat, sur l'invitation de son commissaire du Gouvernement, Léon Blum, étendait la garantie des collectivités publiques aux fautes graves commises par leurs agents dans l'exécution de leurs fonctions. Dès lors, les victimes pouvaient, comme dans le système institué par l'article 1384, alinéa 5, agir à raison d'un même fait, soit contre son auteur, soit contre celui qui en doit la garantie. Par ailleurs, à l'occasion de cette affaire, Léon Blum devait présenter, non pas comme il l'a cru, « l'analyse d'une jurisprudence déjà acquise », mais pour reprendre l'expression de M. Chapus (71), « dans une involontaire anticipation, l'expression même de la solution que le Conseil d'Etat, trente années plus tard, devait consacrer ». Léon Blum considérait en effet, à tort, comme acquise l'option offerte à la victime dans les hypothèses où la faute « a été commise... à l'occasion du service, si les moyens ou les instruments de la faute ont été mis à la disposition du coupable par le service, si la victime n'a été mise en présence du coupable que par le jeu du service ». En réalité, à cette époque, seul se trouva consacré le cumul de responsabilités lorsque la faute personnelle avait été commise « dans le service ».

2. Actes accomplis à l'occasion de la fonction.

275. — Il s'agit alors des actes étrangers à la fonction, mais que l'existence de la fonction a cependant permis. Le préposé ou l'agent n'a pas agi pour s'acquitter de sa tâche; loin de là, souvent même il a agi contre les ordres reçus ou les a dépassés en connaissance de cause. Il a agi dans un intérêt personnel, pour son propre compte. Mais il a trouvé dans la fonction le moyen d'agir et de commettre la faute. S'il n'avait pas été chargé de ces fonctions, il n'aurait pas causé le dommage (72).

Une évolution parallèle de la jurisprudence avait fini par admettre jusqu'à ces dernières années que ces actes, comme ceux accomplis dans l'exercice même des fonctions permettaient à la victime de diriger son action contre le commettant ou la collectivité publique.

Mais à peine la juridiction administrative s'était-elle montrée

(71) CHAPUS, *op. cit.*, n° 227, pp. 240-241.

(72) H. et L. MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, 5° éd., n° 910, p. 968.

aussi libérale que la Cour de cassation, que celle-ci manifestait sa volonté de mettre un frein à une extension excessive de la responsabilité du commettant.

276. — Primitivement, la jurisprudence judiciaire avait refusé d'admettre l'engagement de la responsabilité du commettant à propos des actes accomplis par le préposé à l'occasion de ses fonctions, ceux-ci ne rentrant pas dans les prévisions de l'article 1384, alinéa 5 (73). Puis, dans l'intérêt des victimes, la responsabilité du commettant fut étendue « aux abus de fonction » du préposé (74) et ne semblait plus devoir être remise en question (75), en dépit des critiques émises par une partie de la doctrine (76). Certes, il devait exister un lien « sérieux » entre l'acte dommageable et la fonction, mais la jurisprudence se montrait en pratique très libérale pour reconnaître la suffisance de ce lien (77). A l'heure actuelle, la Cour de cassation poursuit ses efforts entrepris en 1954 (78) pour enserrer dans les limites « raisonnables » la responsabilité des commettants dans les cas où les dommages n'ont pas été exactement causés par leurs préposés dans l'exercice des fonctions auxquelles ils sont employés. Dans un arrêt en date du 24 juin 1957, la chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « si le commettant peut, en dehors du dommage causé par le préposé dans l'exercice de ses fonctions, être également déclaré responsable des conséquences dommageables de l'activité de son employé, lorsque celle-ci s'exerce vers le but qu'il lui a fixé ou, plus exceptionnellement et suivant les circonstances, lorsque le préposé a utilisé à des fins étrangères les moyens mis à sa disposition, c'est toutefois à la condition que le fait dommageable se rattache, par un lien de connexité ou de causalité, à l'exercice des fonctions et que le préposé puisse être réputé avoir agi pour le compte du commettant et qu'il n'en est pas ainsi lorsque l'acte dommageable a trouvé sa source dans un abus de fonctions de la part du préposé, le dit abus supposant nécessairement que cet acte est étranger à la fonction » (79). Tandis que la chambre criminelle maintient la jurisprudence relative à l'abus de fonctions (80), la chambre civile distingue différents degrés pour la

(73) Crim., 9 juillet 1807, S. 1807.I.461.

(74) Crim., 3 décembre 1846, S. 1847.I.302.

(75) Soc., 9 février 1950, D. 1950, p. 366.

(76) H. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, 4^e éd., n^{os} 911 et 912 — RODIÈRE, *La Responsabilité civile*, 1952, n^o 1486, p. 116. — Dans le sens de la jurisprudence, voir SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, 2^e éd. 1951, T. I, n^o 318.

(77) Voir CHAPUS, *op. cit.*, n^o 230, note 2, p. 243 et jurisprudence citée.

(78) Cass. civ., 1^{er} juillet 1954, J.C.P. 1954.II.8352 et commentaire MAZEAUD, *Rev. Trim.* 1955, p. 106.

(79) Cass. civ., 24 juin 1957, J.C.P. 1957.II.10.187, note RODIÈRE et D. 1958, p. 53, note SAVATIER.

(80) Cass. crim., 29 novembre 1956, G.P. 1957.I.186 ; 5 février 1957, G.P. 1957.I.455.

mise en jeu de la responsabilité du commettant (81). A un premier degré sont pris en considération les actes rentrant dans les prévisions mêmes du Code civil : ce sont les dommages causés par le préposé dans l'exercice de ses fonctions. A un second degré, entrent en ligne de compte les conséquences dommageables de l'activité du préposé lorsque celle-ci s'exerce vers le but qui lui a été fixé. Enfin, à un troisième degré, apparaissent les actes commis par le préposé qui a utilisé à des fins étrangères les moyens mis à sa disposition, mais la Cour de cassation envisage cette hypothèse, « plus exceptionnellement et suivant les circonstances » et, d'autre part, il faut non seulement que le fait dommageable se rattache par un lien de connexité ou de causalité à l'exercice des fonctions, mais encore que le préposé puisse être réputé avoir agi pour le compte du commettant. Ce sont ces considérations qui conduisent la Cour à exclure la responsabilité du commettant du fait des abus de fonctions commis par son préposé, car tout abus de fonction suppose nécessairement que l'acte du préposé est étranger à ses fonctions.

277. — La jurisprudence administrative avait également considéré primitivement que les abus de fonctions commis par les agents publics constituaient des fautes personnelles ne permettant pas la mise en jeu de la responsabilité de la collectivité, à l'opposé des fautes personnelles commises dans l'exercice même des fonctions.

En droit public, comme en droit privé, le type d'abus de fonction est constitué par l'utilisation dans son intérêt personnel par un chauffeur d'un véhicule qui lui a été confié. Le Conseil d'Etat considéra tout d'abord que l'accident causé par un conducteur circulant « pour affaires personnelles après l'accomplissement d'une mission n'est pas susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat » (82), à moins que la faute de l'agent n'ait été permise par une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service (83).

Puis, par trois arrêts rendus le 18 novembre 1949 (84), la juridiction administrative déclara que si l'agent chargé de conduire une voiture de l'Administration, l'a détournée de sa destination normale pour des fins personnelles, « l'accident litigieux, survenu à l'occasion du service et du fait d'un véhicule qui avait été confié à son auteur, pour l'exécution d'un service public, ne saurait, dans les circonstances de l'affaire, être regardé comme dépourvu de tout lien avec le service ». C'était, d'une part, un alignement de la jurisprudence administrative sur la jurisprudence judiciaire de

(81) Voir note RODIÈRE, précitée.

(82) C.E., 10 février 1943, Vve Freidat, *Rec.*, p. 38.

(83) C.E., 16 novembre 1949, *Le Cam, Rec.*, p. 487.

(84) C.E. 18 novembre 1949, Dlle Mimeur, Defaux, Besthelsemer, J.C.P. 1950.II.5286, concl. GAZIER, R.D.P. 1950, p. 183, note WALINE.

l'époque et, d'autre part, la transposition dans le droit positif des vues exprimées par Léon Blum dans l'arrêt Lemonnier.

Mais nous avons vu que l'évolution récente de la jurisprudence judiciaire modifie le mécanisme de l'obligation à la dette de responsabilité. A l'heure actuelle, la collectivité publique se trouve en effet plus souvent obligée de réparer les dommages causés par ses agents publics que ne l'est le commettant privé, du fait de son préposé (85). Toutefois, cette situation de l'agent public n'est privilégiée qu'en apparence, en raison des conditions dans lesquelles s'effectue la contribution définitive à la dette de responsabilité par le jeu des actions récursoires des collectivités contre leurs agents.

B. — LA CONTRIBUTION A LA DETTE DE RESPONSABILITÉ.

Tant en droit privé qu'en droit public, le répondant du fait d'autrui dispose d'un recours contre le préposé.

278. — Bien qu'aucune disposition de l'article 1384 ne prévoie le recours du commettant, le principe de ce recours est unanimement admis (86) et s'appuie juridiquement sur l'article 1251 du Code civil aux termes duquel : « La subrogation a lieu de plein droit... au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, en a acquitté la totalité. » Le recours est l'application du mécanisme de la subrogation légale.

Lorsque le commettant a indemnisé la victime uniquement parce qu'il était tenu pour un autre, c'est-à-dire lorsque sa responsabilité n'a été engagée que par la faute du préposé, il peut exercer contre lui un recours pour le tout et se décharger ainsi de la totalité du poids de la réparation (87). Par contre, si le commettant a lui-même commis une faute, dont le concours avec celle du préposé a causé le dommage, et n'est dès lors tenu qu'avec un autre, il ne peut exercer contre le préposé qu'un recours partiel dont l'étendue est fonction de la gravité des fautes commises (88).

279. — Quant à la jurisprudence administrative, elle a tout d'abord adopté le système de la garantie avant d'admettre la

(85) Il faut, en effet, tenir compte par ailleurs de certains régimes spéciaux de responsabilités, tels que celui de la responsabilité des membres de l'enseignement public (loi du 5 avril 1937) et celui de la réparation des dommages causés par des véhicules (loi du 31 décembre 1957) dans lesquels l'administration se trouve substituée à ses agents devant les tribunaux. Sur la loi du 31 décembre 1957, voir le commentaire de M. BLAEVOET, J.C.P. 1958.I.1417, et notes sous Tribunal cor. Versailles, 26 février 1958, J.C.P. 1958.II.10.575, et Tribunal civ. Pontoise, 13 mars 1958, J.C.P. 1958.II.10592. Commentaires de MM. BENOIT, J.C.P. 1958.I.1444 et LIET-VEAUX, R.P.D.A. 1958, p. 1.

(86) H. et L. MAZEAUD et TUNC, *op. cit.*, 5^e éd., n° 927, p. 988.

(87) Paris, 14 mars 1930, D. 1930, p. 115, note BESSON.

(88) Tribunal civ. Seine, 24 octobre 1950, D. 1951, S. 7.

subrogation de l'Etat dans les droits de la victime; mais avec certaines particularités par rapport à la subrogation dont bénéficie le commettant. Puis elle a apporté quelques retouches au mécanisme de la subrogation. Enfin, elle a admis une action directe de la collectivité contre son agent, et cette action se présente de telle façon qu'elle aboutit à une répartition définitive de la dette de responsabilité nettement désavantageuse pour l'agent public et celui-ci se trouve finalement dans une situation sensiblement identique à celle du préposé d'un commettant privé. Dans un premier stade, la jurisprudence administrative avait adopté le système de la garantie, en vertu duquel le juge administratif tenait compte de ce qui avait pu être jugé par les tribunaux civils et limitait la responsabilité de l'Etat à la garantie de tout ou partie de ces condamnations judiciaires. L'arrêt Thevenet du Conseil d'Etat, en date du 23 juin 1916 (89), marque l'abandon de ce système et son remplacement par celui de la subrogation : l'Administration est condamnée sous réserve que la victime subrogera la collectivité aux droits qu'elle tient ou qu'elle pourra faire valoir contre les fonctionnaires. Mais cette subrogation présentait deux différences avec la subrogation en droit privé. Tout d'abord, il s'agissait d'une subrogation conventionnelle et non légale ou judiciaire. Il est vrai que cette subrogation conventionnelle était prévue par le juge administratif d'une façon absolument constante. En second lieu, et surtout, cette subrogation s'appliquait non à l'action de la victime contre l'agent, mais seulement aux résultats de cette action, autrement dit aux droits que la victime pouvait se faire ou s'être fait reconnaître sur le patrimoine de l'agent. Traditionnellement, la collectivité était condamnée à verser à la victime une indemnité « sous la réserve toutefois que le paiement en soit subordonné à sa subrogation par la victime, jusqu'à concurrence de ladite somme aux droits qui résulteraient pour elle de condamnations qui auraient été ou qui seraient prononcées à son profit contre l'agent personnellement par l'autorité judiciaire » (90). Il s'agissait moins de faire retomber le poids de la responsabilité sur le véritable coupable, comme le souligne M. Chapus, que d'éviter que la victime ne reçoive une double indemnité (91). Le recours de la collectivité publique contre son agent se trouvait donc paralysé, tant et toutes les fois que la victime n'avait pas voulu intenter une action dirigée contre l'agent. C'est dire que ce recours était très rare, la victime préférant généralement actionner la collectivité plutôt que l'agent, de crainte de se heurter à une insolvabilité de l'agent, à un jugement d'incompétence des tribunaux judiciaires en raison d'une

(89) C.E., 23 juin 1916, Thevenet, R.D.P. 1916, p. 378, concl. Corneille.

(90) C.E., 26 juillet 1918, Lemonnier précité.

(91) Voir également WALINE, « De l'irresponsabilité des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles et les moyens d'y remédier », article cité, R.D.P. 1948, p. 5.

conception extensive de la faute de service ou encore à l'élévation du conflit par la collectivité désirant protéger son agent. Et, par ailleurs, la victime ayant obtenu la condamnation de la collectivité n'avait alors aucun intérêt à intenter une action contre l'agent puisqu'elle se heurtait au principe du non-cumul des indemnités. Quant à agir uniquement en vue de faire bénéficier l'Etat du système de la subrogation, il est vraisemblable que la victime n'y songeait que fort peu. Toutefois, deux dispositions législatives expresses autorisaient l'Administration à exercer son recours : l'une relative aux recours contre les membres de l'enseignement public (loi du 5 avril 1937, article 2), et l'autre relative aux recours contre les magistrats (article 505 du Code de procédure civile).

280. — Mais dans les arrêts *Mimeur* et autres, du 18 novembre 1949, le Conseil d'Etat semble admettre la subrogation de la collectivité, non plus dans les seuls droits pouvant résulter pour la victime de condamnations prononcées à son profit contre l'agent fautif, mais dans tous les droits nés au profit de l'intéressé à l'encontre de l'agent, en raison de l'accident. Enfin, dans un dernier stade, dont les caractéristiques viennent d'être précisées récemment, la jurisprudence administrative a consacré le droit de la collectivité à intenter une action contre son agent, indépendamment des droits de la victime.

281. — Pendant longtemps, le principe en vigueur avait été celui de l'irresponsabilité de l'agent public envers la collectivité. On avait conclu un peu hâtivement peut-être à cette irresponsabilité, sur la base de la règle posée par l'arrêt *Poursines* du Conseil d'Etat, en date du 28 mars 1924 : « La responsabilité d'un fonctionnaire autre qu'un comptable public ne saurait être engagée envers l'Etat à raison des fautes commises par lui à l'occasion de ses fonctions, à moins d'une disposition législative édictant cette responsabilité » (92).

Cette irresponsabilité ne visait, a-t-on dit, que les fautes commises par le fonctionnaire à l'occasion de ses fonctions, mais non les fautes commises en dehors de la fonction. Mais on pourrait faire remarquer que la formule très vague de l'arrêt *Poursines* n'autorisait nullement à exclure nécessairement la responsabilité pour fautes personnelles, s'il est vrai que l'irresponsabilité pour fautes de fonction peut être justifiée, elle, par la modicité des traitements et la disproportion fréquente envers la gravité des fautes et leurs lourdes conséquences.

Au principe d'irresponsabilité il n'y avait que quelques excep-

(92) C.E., 28 mars 1924, *Poursines*, D.P. 1924.III.49, note APPLETON, S. 1926.III.17, note HAURIOU.

tions législatives (93), d'ailleurs prévues par l'arrêt Poursines et la responsabilité des maires à l'égard des communes pour les dépenses ou les travaux irréguliers qu'ils avaient faits, que le Conseil d'Etat avait admise (94).

Le 28 juillet 1951, le Conseil d'Etat opérait un revirement important de jurisprudence. L'arrêt Laruelle (95) pose comme principe que « si les fonctionnaires et agents des collectivités publiques ne sont pas responsables pécuniairement envers lesdites collectivités des conséquences dommageables de leurs fautes de service, il ne saurait en être ainsi quand le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles détachables des fonctions ».

Désormais, les agents des collectivités publiques sont responsables des dommages que leurs fautes personnelles causent directement ou indirectement à la collectivité qui les emploie.

Le Conseil d'Etat a réaffirmé à plusieurs reprises le principe de la réparation, par l'agent, du préjudice causé directement à la collectivité par suite d'une faute personnelle (96).

Mais par ailleurs, la collectivité dispose d'une action directe contre son agent pour obtenir réparation du préjudice indirect qui résulte pour elle de l'obligation d'accorder une réparation à des tiers à raison d'un dommage dont le fonctionnaire est totalement ou partiellement responsable. Il faut noter que l'action directe ne fait pas double emploi avec le procédé classique de la subrogation conventionnelle prévue par le juge et en tout cas, ne fait pas obstacle à l'emploi de ce procédé (97).

La collectivité disposera d'un recours pour la totalité lorsqu'aucune faute de service n'a été décelée et qu'elle n'aura été tenue d'indemniser la victime qu'en raison de la seule faute personnelle de l'agent et du lien de celle-ci avec le service. Dans l'esprit du Conseil d'Etat il n'y aurait de recours partiel, donc de partage de responsabilité, que dans le seul cas de coexistence de

(93) Responsabilité de certaines catégories de fonctionnaires participant au maniement des deniers publics (intendants militaires, agents des P.T.T. pour les paquets chargés) des comptables publics et des ministres et autres ordonnateurs de l'Etat pour les infractions à l'égard des règles budgétaires.

(94) C.E., 8 mars 1935, Magnon, S. 1935.III.73.

(95) C.E., 28 juillet 1951, Laruelle et Delville (deux espèces) J.C.P. 1952.II.6734, note EISENMANN, S. 1952.III.25, note MATHIOT, D. 1951, p. 620, note NGUYEN-DO, R.D.P. 1951, p. 1087, note WALINE.

(96) C.E., 21 novembre 1952, Tesse S 1953.III.69, note AUBY. C.E., 19 juin 1953, Carion S. 1953.III.92. On peut rapprocher de cette jurisprudence administrative, la jurisprudence judiciaire aux termes de laquelle un salarié est responsable vis-à-vis de son patron lorsqu'il a commis une faute lourde équivalente au dol dans l'exécution de ses obligations professionnelles (Case., 27 novembre 1958, D. 1959, p. 20, note LINDON).

(97) C.E., 7 juillet 1954, Monsaingeon, A.J. 1954.II.384 ; 25 novembre 1955, Vve Paumier, R.P.D.A. 1955., n° 459, Rec., p. 564.

deux fautes distinctes (98), l'une de la collectivité, l'autre de l'agent, mais non en cas de faute unique qualifiable à la fois de faute personnelle et de faute de service (99). Les mêmes principes sont valables lorsque c'est l'agent qui se retourne contre la collectivité qui l'emploie (100).

Le Tribunal des Conflits a attribué compétence à la juridiction administrative pour connaître de tels recours relatifs aux rapports entre l'Administration et ses agents (101). Cette solution qui avait déjà été consacrée par le Conseil d'Etat avait pu être critiquée (102) à une époque où l'on pouvait croire que la faute personnelle de nature à engager la responsabilité d'un agent vis-à-vis de la collectivité publique était la même que celle qui, jusqu'alors relevait de la seule compétence des tribunaux judiciaires. Mais, dès lors que la distinction faute personnelle et faute de service n'était plus envisagée seulement sur le plan de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions, mais également sur le plan du partage des responsabilités au fond entre personne publique et agent public, on allait assister à une altération du contenu de cette distinction. La faute personnelle sur laquelle allait statuer la juridiction administrative n'était peut-être pas la même que celle qui pouvait servir de base à l'action de la victime contre l'agent devant les tribunaux judiciaires. On peut, en effet, constater dans la jurisprudence administrative un doublement de la notion de faute personnelle qui va de pair avec celui de la notion de faute de service (103). Le contenu de ces deux notions sera, en effet, variable suivant qu'il s'agit de considérer les rapports de la victime avec la collectivité et l'agent ou les rapports de la collectivité avec ses agents. La faute personnelle qui engage la responsabilité de l'agent vis-à-vis de la collectivité est, en effet, plus large que la faute personnelle sur la base de laquelle il pourra être assigné devant les tribunaux judiciaires par la victime. Il s'agit, en effet, d'une faute disciplinaire de telle sorte qu'un agent public pourra être déclaré responsable vis-à-vis de la collectivité du fait d'un dommage causé à un tiers alors

(98) C.E., 28 juillet 1951, Delville, voir références précitées.

(99) *Contra* concl. KAHN, C.E., 22 mars 1957, Jeannier, D. 1957, p. 748, note WEIL. — A.J. 1957.II.186, note FOURNIER et BRAIBANT. — J.C.P. 1957.II.10.303 bis, note LOUIS-LUCAS - G.A.A., 2^e éd., 1958, pp. 346 et suiv.

(100) C.E., 28 juillet 1951, Delville précité.

(101) T.C., 26 mai 1954, Moritz, concl. (contraires) LETOURNEUR, S. 1954.III.85, note critique CHAPUS au D. 1955, p. 385, et J.C.P. 1954.II.8334, note VEDEL. — T.C., 25 mars 1957, Hospices civ. du Puy, R.A. 1957, p. 247, note LIET-VEAUX.

(102) Voir note EISENMANN, J.C.P. 1952.II.6734.

(103) Voir note WEIL, sous C.E., 22 mars 1957, Jeannier précité. — Sur l'autonomie de la faute du fonctionnaire envers la puissance publique, voir CASTAGNÉ, « Contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'administration en cas de cumul des responsabilités ». R.D.P. 1958, p. 737.

même que vis-à-vis de ce tiers la responsabilité de l'agent pourrait très bien ne pas pouvoir être mise en jeu (104). Par ailleurs, il existe deux sortes de fautes de service : l'une véritable, constituée par une mauvaise organisation du service pourra être invoquée tant par la victime pour mettre en jeu la responsabilité de la collectivité que par l'agent pour atténuer la part de responsabilité qui lui incombe. Mais l'autre n'est qu'une fiction, qui n'est relevée par le juge que dans les rapports entre l'Administration et la victime et qui constitue au profit de cette dernière une garantie, une assurance. Mais cette faute de service qui n'en est pas une en réalité, ne pourra pas être invoquée par l'agent, car la faute personnelle a pour ainsi dire engendré la faute de service (105). Du moment que « la faute de service n'existe que dans et par la faute personnelle », le Conseil d'Etat en tire la conséquence que la responsabilité du service ne saurait entrer en concurrence avec la responsabilité personnelle de l'agent (106).

282. — Ainsi, si primitivement la situation du préposé privé vis-à-vis de son commettant apparaissait nettement défavorisée par rapport à celle de l'agent d'une collectivité publique, à l'heure actuelle, la mise en jeu de la responsabilité de l'agent vis-à-vis de la collectivité publique du fait des dommages directs et indirects causés par ses fautes personnelles, entendues dans un sens large, atténuée considérablement le privilège dont ont joui pendant longtemps les agents publics.

D'ailleurs, dans la pratique, la faveur particulière dont bénéficiaient encore dans une certaine mesure les agents publics du fait de la prise en considération de la notion de faute de service se trouve compensée au regard des salariés privés par le fait que l'action directe de la victime contre un préposé privé est rare et que le recours du commettant est exceptionnel (107).

(104) Voir espèce Jeannier précitée. M. THERY a critiqué la notion de faute disciplinaire et a suggéré celle de faute personnelle « administrative », ou faute statutaire, élément de la responsabilité statutaire du fonctionnaire vis-à-vis de l'Etat, distincte de la faute personnelle « judiciaire ». Mais, s'il est vrai que la répression disciplinaire vise la carrière de l'agent et non sa personne, du moins est-il inexact de dire que l'étendue de la réparation se règle non sur la gravité de la faute, mais sur l'importance du préjudice (voir THERY, « Compétence et fond du droit dans le contentieux de la responsabilité pécuniaire des fonctionnaires », E.D.C.E. 1958, p. 73).

(105) Voir espèce Laruelle, précitée.

(106) Voir article CASTAGNÉ, précité, p. 694.

(107) Voir CHAPUS, *op. cit.*, n° 239, p. 256., THERY, article cité. GUYÉNOT, *op. cit.*, p. 146, note 50.

SECTION II

RÉMUNÉRATION (108) ET AVANTAGES SOCIAUX

283. — On a traditionnellement considéré la fonction publique comme n'étant pas un métier de telle sorte que le traitement, rémunération du fonctionnaire, n'était pas la contre partie d'un travail, le paiement d'un service rendu, comme le salaire, mais le moyen de permettre au fonctionnaire de tenir un rang social correspondant à ses fonctions (109). Il est certain que le régime juridique du traitement présente certaines particularités par rapport au salaire, et qui sont dues tant aux règles de la comptabilité publique qu'au caractère statutaire du lien unissant le fonctionnaire à la collectivité. Mais une évolution du régime juridique de la rémunération du fonctionnaire a coïncidé avec celle du régime juridique des salaires, de telle sorte qu'un rapprochement s'était opéré, du moins au lendemain du statut de 1946, entre les deux modes de rémunération (110). Ce rapprochement est analogue à celui des avantages sociaux dont bénéficiaient les deux catégories de préposés.

Théoriquement, la rémunération totale des fonctionnaires comprend : le traitement, les suppléments pour charges de familles et l'indemnité de résidence. Peuvent s'ajouter au traitement, des indemnités représentatives de frais, des indemnités rétribuant les travaux supplémentaires, des indemnités justifiées pour des sujétions ou des risques inhérents à l'emploi ou présentant le caractère de primes d'expatriation, des indemnités tenant compte de la manière de servir et éventuellement des indemnités différentielles (111). Pratiquement, on distingue le traitement et les différentes indemnités dont peuvent bénéficier les fonctionnaires (112). De la même façon, le salarié privé bénéficie généralement en plus de son salaire, de certaines primes ou indemnités (113).

§ 1. — Traitement et salaire.

284. — Le traitement de base du fonctionnaire devait, aux termes de l'article 32 de la loi du 19 octobre 1946, être au moins égal à 120 % du minimum vital. Ce minimum vital était défini

(108) TIANO, Les Traitements des fonctionnaires et leur détermination (1930-1957), Lib. de Médecis, 1957. BRUN et GALLAND, *op. cit.*, II-201 et suiv. SILVERA, *Rép. Dalloz*, Droit adm., T. II.

(109) CHAVANON, *Cours* cité, p. 176. — PLANTEY, *op. cit.*, n° 790, p. 284.

(110) RIVERO, article cité, D. 1947, pp. 149 et suiv.

(111) Ordonnance du 4 février 1959, article 22.

(112) CARCELLE et MAS, « Les Indemnités dans la rémunération des agents de l'Etat », R.A. 1956, p. 140.

(113) ROBERT-DEVILLERS, « Les Accessoires du salaire », J.C.P. 1948.I.676.

comme la somme au-dessous de laquelle les besoins individuels et sociaux de la personne humaine, considérés comme élémentaires et incompressibles, ne peuvent plus être satisfaits. Bien que la même idée ait été reprise par l'article 22 de la loi du 28 avril 1952 relatif au personnel communal, le traitement de base n'a pas été établi en fonction des 120 % du minimum vital, alors que cette notion était par ailleurs introduite dans le droit commun du travail par la loi du 11 février 1950 puisqu'elle détermine la fixation du salaire minimum interprofessionnel garanti (S.M.I.G.). Cette méconnaissance des dispositions de l'article 32 n'était pas due au refus d'appliquer à la fonction publique la notion du minimum vital mais à la majoration de 20 % prévue au profit des fonctionnaires. Comme l'a souligné M. Grégoire (114), deux significations de cette majoration étaient possibles. On pouvait tout d'abord considérer que la formule de l'article 32 signifiait que les fonctionnaires devaient percevoir au minimum 20 % de plus que le minimum prévu dans le secteur privé : ce qui était difficilement concevable car on ne voyait pas pour quelle raison le minimum vital des fonctionnaires devait être supérieur à ce qu'il est pour le reste du pays. Selon M. Grégoire, il aurait fallu, au contraire, considérer qu'en tout état de cause aucun salarié ne devrait percevoir que le minimum vital, car nul ne peut vivre limité aux « seuls besoins incompressibles » et le fonctionnaire ne saurait pour sa part vivre dans un monde à part, distinct du reste de la Nation. Le minimum vital prévu par le statut des fonctionnaires ne devait pas être propre aux seuls fonctionnaires mais au contraire être valable pour tous les salariés. De telle sorte que M. Grégoire interprétait l'article 32, compte tenu des travaux préparatoires, comme ne faisant « qu'anticiper, au profit des agents de l'Etat, sur un mode de calcul des rémunérations qui, d'après ses rédacteurs, aurait dû être étendu par la suite à l'ensemble du salariat » (115).

Ce qui explique peut-être le fait qu'un décret du 31 octobre 1950 ait étendu aux fonctionnaires le bénéfice des dispositions du décret du 23 août 1950 fixant le S.M.I.G. après l'entrée en application de la loi du 11 février 1950. En effet, les fonctionnaires se virent attribuer un complément de rémunération à titre de minimum garanti destiné à porter leur rémunération, rapportée à la base horaire, au même niveau que la rémunération horaire minimum garantie aux salariés privés. En 1947, le Gouvernement se référa au salaire du manoeuvre de la métallurgie pour fixer le traitement de base. Les 120 % prévus par l'article 32 furent calculés en fonction de ce salaire. Car l'article 142 de la loi du

(114) GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 269.

(115) Voir intervention Paul REYNAUD et réponse du vice-président du Conseil chargé de la fonction publique, Maurice THOREZ, au cours des débats à l'Assemblée Constituante (J.O. Ass. Const. Déb. Séance du 5 octobre 1946, p. 4685).

19 octobre 1946 avait prévu l'ajournement de la mise en vigueur de l'article 32 jusqu'à une date et suivant des modalités fixées par un décret, qui ne fut jamais publié. L'ordonnance du 4 février 1959 supprime toute référence au minimum vital. Cette modification s'inscrit dans le mouvement opposé au rapprochement progressif de la condition juridique des travailleurs du secteur public avec celle des salariés du secteur privé. A cet égard encore le statut de 1959 semble faire prévaloir le principe de l'autonomie du droit de la fonction publique que l'on croyait atténué depuis 1946. Mais, par ailleurs, le nouveau statut maintient en vigueur le classement indiciaire des grades et emplois par voie d'indices (116). En effet, le traitement de base est fonction de la place occupée par le fonctionnaire dans une « grille » indiciaire. A la grille nette de 100 à 800 instituée par les décrets des 13 janvier et 10 juillet 1948, a été substituée une grille brute de 100 à 1163 par le décret du 30 juin 1955 (117). Périodiquement intervient une revalorisation des traitements, dont les effets sont échelonnés dans le temps. Conformément à un décret du 7 janvier 1959, le traitement de base a ainsi été porté à 229.000 à compter du 1^{er} février 1959 et il a été prévu une augmentation de 4 % de la rémunération de l'ensemble des fonctionnaires. Par ailleurs un décret du 16 février et un arrêté du 30 août 1957 ont prévu que les grades et emplois affectés d'un indice net supérieur à 650 (indice brut 1.000) seraient désormais classés par lettre, hors d'échelle. Avec chacune de ces lettres, des chevrons allant en nombre dégressif sont attribués proportionnellement à la durée des services effectivement accomplis dans la classe ou l'échelon atteint par le fonctionnaire au 1^{er} novembre 1957. A chaque lettre et chevron a été attribué un coefficient de revalorisation, mais, pour des raisons budgétaires la mesure sera appliquée en deux étapes. De telle sorte que pour les 2.900 hauts fonctionnaires au-dessus de l'indice 650 l'amélioration a dépassé la progression du taux appliqué aux catégories inférieures. L'agrandissement de l'éventail hiérarchique passant de 1 à 15 contre 1 à 9 en 1956 et 1 à 20 en 1914 a été de nature à atténuer la disparité existant, notamment en ce qui concerne les hauts fonctionnaires entre le secteur public et le secteur privé (118). Les revendications des fonctionnaires se heurtent toujours aux difficultés budgétaires. Ainsi, lorsqu'en 1957, les organisations de fonctionnaires ont demandé une augmentation de 8 à 10 % du traitement de base s'ajoutant aux mesures de reclassement en cours, il a été calculé que la masse des salaires (y compris les pensions et retraites) relevant du budget de l'Etat ayant été de 1.450 milliards en 1957 une majoration de 10 % entraîne-

(116) Article 56 de l'ordonnance du 4 février 1959.

(117) CARCELLE et MAS, « Remise en ordre des rémunérations de la fonction publique », R.A. 1955, p. 527.

(118) Voir *Le Monde*, du 30 octobre 1957.

rait au minimum 145 milliards de dépenses nouvelles (119) auxquelles l'Etat pouvait difficilement faire face. On a calculé qu'en 1958, une augmentation de 1 % des salaires publics aurait coûté 24 milliards (120) et qu'en 1960, une augmentation de 2 % entraînant automatiquement celle des pensions et de la retraite des combattants, coûterait 50 milliards (120 bis).

285. — Ainsi les traitements des fonctionnaires sont déterminés unilatéralement par la collectivité publique. S'agissant des agents des entreprises nationalisées soumis à un statut réglementaire particulier, le procédé de fixation des salaires apparaît au premier abord comme contractuel, à l'exemple du droit commun, mais en réalité les interventions de nature réglementaire se font de plus en plus fréquentes (121). L'article 9 du statut du personnel des industries électriques et gazières avait prévu que le salaire de base serait fixé par accord direct entre le président directeur général et les représentants de la, ou les organisations syndicales les plus représentatives, avec arbitrage éventuel du ministre (122). Mais outre le fait que les ministres du Travail, de l'Industrie et du Commerce, des Finances et des Affaires économiques, sont souvent intervenus pour corriger les salaires de base ainsi fixés, un décret du 18 février 1953 est venu réduire les avantages qui venaient d'être accordés au personnel. L'article 12 du statut du mineur avait rattaché le salaire de base à un mode de fixation se référant purement et simplement au droit privé. Mais ici encore l'Etat est intervenu. Par des arrêtés en date des 7 novembre et 21 décembre 1950, le contrôleur d'Etat des Charbonnages de France et le directeur des Mines ont reçu pouvoir d'approuver toutes décisions ou instructions relatives aux salaires du personnel des Houillères du Bassin. Toutefois, en février 1955, les pouvoirs publics avaient admis le principe de l'application de l'échelle mobile aux salariés mineurs (123). Mais l'article 79 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 a supprimé cet avantage.

Comme a pu le noter M. Fusilier (124) il n'y a qu'une différence de degré dans l'intervention étatique relative à la détermination des salaires dans les entreprises nationalisées par rapport aux modes de détermination des salaires dans l'industrie privée. A l'heure actuelle le régime d'établissement des salaires dans le

(119) Voir *Le Monde*, du 8 août 1957.

(120) Voir *Le Monde*, du 2 avril 1958.

(120 bis) Voir *Le Monde*, du 24 septembre 1959. Il s'agit de francs « légers ».

(121) DELESALLE, *op. cit.*, pp. 69 et suiv. — FUSILIER, article cité, R.D.P. 1956, p. 502.

(122) Voir exemple d'arbitrage rendu en avril 1955 par M. André MORICE, ministre de l'Industrie et du Commerce. (*Le Monde*, 7 avril 1955).

(123) Voir *Le Monde*, du 26 janvier 1955 et le décret du 2 février 1955, modifiant l'article 12 du Statut des Mineurs. Une revision des dispositions statutaires relatives à la rémunération des personnels d'E.D.F., G.D.F. et des mines est actuellement à l'étude.

(124) FUSILIER, article cité, R.D.P. 1956, p. 503.

secteur privé résulte de la conjugaison de dispositions qui concernent (125) : le salaire minimum interprofessionnel garanti, la revalorisation des bas salaires, les salaires minima des Conventions collectives et la hiérarchie des salaires et enfin l'échelle mobile des salaires.

286. — La loi du 11 février 1950 a mis fin au régime de fixation autoritaire des salaires et à leur blocage instauré par le décret du 10 novembre 1939. Les intéressés ont recouvré le droit d'établir eux-mêmes la rémunération des salaires sur le plan de l'entreprise ou de la profession, de telle sorte que l'Administration n'a plus le pouvoir de fixer elle-même, d'autorité, les salaires dont la détermination incombe aux contrats individuels ou aux Conventions collectives (126). Mais, l'Etat conserve une prérogative très importante : celle d'établir un salaire minimum national interprofessionnel garanti (S.M.I.G.).

La loi du 11 février 1950 a chargé la Commission supérieure des Conventions collectives d'étudier la composition d'un budget type devant servir à la détermination du S.M.I.G. fixé par décret en Conseil des ministres (127). Cependant d'une part, tant en 1950, qu'en 1953, l'unanimité n'a pu se faire au sein de la Commission pour une proposition unique et d'autre part les suggestions de la Commission n'ont pas été homologuées par le Gouvernement car elles lui apparaissaient trop élevées. Fixé par un décret du 23 août 1950, le S.M.I.G. a été modifié le 24 mars et le 8 septembre 1951. Par la suite, les pouvoirs publics ont hésité à relever le S.M.I.G. par crainte des inconvénients résultant d'une augmentation générale des salaires. Aussi ont-ils préféré ajouter au salaire minimum, demeuré inchangé une indemnité horaire obligatoire. Cette indemnité complémentaire a eu pour effet d'élever le salaire horaire minimum mais cette majoration n'était pas répercutée sur la hiérarchie des salaires. Trois décrets sont intervenus en ce sens, le 5 février 1954, le 9 octobre 1954 et le 2 avril 1955. Il faut cependant noter qu'aux yeux du Conseil d'Etat (128), le « Gouvernement doit être regardé comme ayant majoré de cette indemnité, le S.M.I.G. antérieur, tel qu'il résultait du décret du 8 septembre 1951 », et la Haute Juridiction administrative a estimé qu'aucune « disposition de loi ou de règlement d'administration publi-

(125) BRUN et GALLAND, *op. cit.*, II-201 et suiv. auxquels nous empruntons la substance des développements qui vont suivre.

(126) C.E., 12 juillet 1955, Union syndicale C.G.T. de la Guadeloupe, *Rec.*, p. 427. — C.E., 11 janvier 1957, Confédération générale des Cadres, *Rec.*, p. 28 ; 6 juillet 1956, Fédération départementale des Syndicats des exploitations agricoles de Seine-et-Oise, *Rec.*, p. 289.

(127) LAPIERRE, « L'Elaboration du budget type et la fixation du salaire minimum garanti », D.S. 1951, p. 380 ; PHILBERT, « Budget type et salaire minimum garanti », D.S. 1954, p. 141.

(128) C.E., 11 janvier 1957, C.G.C., précité, *Rec.*, p. 28.

que n'interdisait de procéder à cette fixation par l'institution d'un supplément du salaire minimum précédemment établi ». Lors de la hausse du S.M.I.G. intervenue en 1959, celui-ci a été fusionné avec l'indemnité horaire non hiérarchisée.

287. — Dans le cadre de la fixation autoritaire de la rémunération, les salaires minima des différentes catégories professionnelles étaient déterminés en se référant à un salaire de base fixé par arrêté et affecté du coefficient 100. De la même manière que les fonctionnaires occupent un grade correspondant à un indice dans la « grille », chaque échelon de la hiérarchie professionnelle des ouvriers correspondait à un coefficient. Il n'y avait alors guère de différences entre la détermination des salaires et celle des traitements. Mais à l'heure actuelle depuis la loi du 11 février 1950, ce sont les Conventions collectives qui déterminent la valeur du coefficient 100 et les divers coefficients hiérarchiques. Ainsi, compte tenu des remarques que nous avons pu faire précédemment au sujet de la nature juridique des Conventions collectives, si la détermination de la rémunération minimum de chaque catégorie professionnelle n'est pas entièrement réglementaire comme elle l'est pour les fonctionnaires, elle n'est pas non plus entièrement contractuelle. Il faut noter d'ailleurs que les salaires minima prévus par les anciens arrêtés demeurent applicables lorsque, dans une branche professionnelle déterminée, des Conventions collectives ou des accords de salaires ne sont pas intervenus postérieurement à la loi du 11 février 1950. Le salaire minimum servant de base à la hiérarchie professionnelle, ne se confond pas avec le S.M.I.G. qui constitue ce que certains auteurs ont appelé le *minimum minimorum* (129). Comme l'a souligné la Cour de cassation, le salaire minimum des Conventions collectives reste le fondement de la hiérarchie des salaires, le S.M.I.G. étant destiné, non pas à se substituer à lui, mais à corriger au profit des employés les moins favorisés l'insuffisance des rémunérations calculées d'après le salaire minimum des Conventions collectives (130).

288. — L'échelle mobile des salaires a été instituée par la loi du 18 juillet 1952 (131). Elle prévoyait une augmentation de plein droit à la suite d'une hausse égale ou supérieure à 5 % de l'indice mensuel d'ensemble des prix à la consommation familiale à Paris, calculé par l'I.N.S.E.E. Cette hausse devait être constatée par une sous-commission dite des 213 articles, siégeant près de la Commission supérieure des Conventions collectives. Un délai minimum de quatre mois devait s'écouler entre deux modifications du S.M.I.G. Mais les pouvoirs publics ont, jusqu'à 1957, pour éviter l'appli-

(129) BRUN et GALLAND, *op. cit.*, p. 455.

(130) Cass. soc., 11 juillet 1956, J.C.P. 1956.II.9684.

(131) PHILBERT, « Le Problème de l'échelle mobile des salaires », D.S. 1952, p. 592.

cation de l'échelle mobile, eu recours au procédé du blocage des prix de certains produits et à la détaxation de certains articles de la liste officielle. Par ailleurs, la nomenclature des 213 articles a été critiquée. Aussi une réforme a-t-elle été introduite par la loi du 26 juin 1957 portant assainissement économique et financier. Aux termes de l'article 2 de cette loi, le S.M.I.G. sera établi en tenant compte à la fois de l'évolution des prix et de celle du revenu national. Le S.M.I.G. sera toujours déterminé par le Gouvernement après avis motivé de la Commission supérieure des Conventions collectives. Le système d'indice des prix devait être modifié et un décret du 17 septembre 1957 a substitué à l'indice des 213 articles un indice portant seulement sur 179 articles. D'autre part, le mécanisme de l'échelle mobile a été modifié. Désormais, le S.M.I.G. sera augmenté en cas de variation de l'indice de 2 % persistant pendant deux mois (132). Il faut noter que pas plus la loi du 18 juillet 1952 que celle du 26 juin 1957 n'a abrogé la procédure de fixation du S.M.I.G. organisée par la loi du 11 février 1950. De telle sorte, qu'il existe à l'heure actuelle, une dualité de variation possible du S.M.I.G. L'une en application de la loi du 11 février 1950 peut être faite par décret en fonction de la révision du budget type opérée par la Commission supérieure des Conventions collectives. Mais, dans ce cas, le Gouvernement n'est pas obligé de suivre l'avis de la Commission. L'autre, en application de la loi du 26 juin 1957 est opérée par arrêté ministériel dès que l'indice des 179 articles a dépassé pendant deux mois un certain seuil. Le ministre bien que n'étant toujours pas lié par l'avis émis par la Commission supérieure des Conventions collectives est cependant tenu par l'automatisme du mécanisme de l'échelle mobile (133).

Compte tenu de l'intervention étatique dans la détermination du salaire minimum dans le secteur privé et de la fixation par les Conventions collectives des différents coefficients hiérarchiques nous voyons que le régime juridique de la fixation du salaire présente certaines analogies par rapport à celui relatif à la fixation des traitements dans la fonction publique. Par ailleurs le rôle joué

(132) La loi avait prévu, dans l'immédiat, un relèvement du S.M.I.G. selon les règles établies en 1952. Tel fut l'objet de l'arrêté ministériel du 8 août 1957.

(133) Ainsi, augmenté, le 1^{er} mars 1958, le S.M.I.G., l'a-t-il été une nouvelle fois à compter du 1^{er} juin 1958 par un arrêté en date du 28 mai (J.O. du 29). L'article 78 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 portant loi de finances avait prévu que le S.M.I.G. pourrait exceptionnellement au cours du premier trimestre de 1959 être modifié dans une proportion égale ou supérieure à la hausse constatée de l'indice mensuel par rapport au dernier indice de référence. Cette modification devait intervenir par décret en Conseil des ministres. Effectivement un décret du 31 janvier 1959 a prévu une augmentation à compter du 1^{er} février 1959. Un arrêté en date du 30 octobre 1959 a majoré, à nouveau, le S.M.I.G. de 2,67 % à compter du 1^{er} novembre 1959 (J.O. du 31 octobre).

par les syndicats est tout aussi actif dans le secteur privé que dans le secteur public (134).

§ 2. — Indemnités et accessoires du salaire.

289. — En ce qui concerne *l'indemnité de résidence* dont bénéficient les fonctionnaires, le décret du 16 janvier 1947 s'inspira du système des *zones d'abattement* (135) des salaires dans le secteur privé.

290. — Les fonctionnaires bénéficient comme les salariés privés des allocations familiales, mais les fonctionnaires bénéficient en plus du *supplément familial de traitement*. Cette indemnité n'existe pas officiellement dans le secteur privé mais diverses entreprises l'accordent (136).

291. — L'idée de productivité n'étant plus considérée comme antinomique avec la notion de service public (137) l'institution des primes de rendement au bénéfice des fonctionnaires, prévue par les articles 35 et 36 de la loi du 19 octobre 1946, était apparue tout aussi normale que l'intéressement du personnel des entreprises à la productivité visé par les décrets des 20 mai et 17 septembre 1955 (138). Ces dernières mesures étant apparues par trop insuffisantes ont été récemment complétées. Les entreprises prenant une telle initiative se voient accorder des avantages fiscaux (139).

Dans le secteur public, sous l'empire du statut de 1946, un crédit global fixé par ministère à 5 % des traitements budgétaires du personnel intéressé, était ouvert chaque année, pour l'attribution de ces primes de rendement dont la répartition effectuée par les chefs de service, s'effectuait discrétionnairement dans la limite d'un maximum de 18 % du traitement de base (140). L'ordonnance du 4 février 1959 ne mentionne plus expressément les primes de rendement et il n'est pas certain que les indemnités tenant compte de la manière de servir, de caractère individuel, soient de nature à les remplacer avantageusement. Or, la consé-

(134) TIANO, *op. cit.*, II^e Partie, pp. 253 et suiv.

(135) LAPIERRE, « Le Problème des zones de salaires », D.S. 1952, p. 33.
— FOURNIER, même sujet, D.S. 1956, p. 77.

(136) Voir PLANTEY, *op. cit.*, n° 828, p. 295.

(137) ARDANT, *Technique de l'Etat*, 1953, P.U.F., p. 157. — GUIBERT, « Service public et productivité », *Rev. générale des Chemins de fer* 1956, p. 171.

(138) S. ALLAIN, « L'Intéressement du personnel des entreprises à la productivité », D.S. 1956, p. 411.

(139) P. DURAND, « L'Ordonnance du 7 janvier 1959 tendant à favoriser l'association et l'intéressement des travailleurs à l'entreprise », D.S. 1959, p. 78.

(140) TIANO, *op. cit.*, p. 123.

cration par la loi du 19 octobre 1946 de ces primes de rendement individuelles (art. 35) ou collectives (art. 36) s'inscrivait dans le rapprochement déjà signalé de la fonction publique avec le secteur privé. Là encore, il semble que le nouveau statut ait voulu freiner cette évolution.

§ 3. — Avantages sociaux.

292. — Avant l'institution de la Sécurité sociale pour les fonctionnaires, ceux-ci étaient avantagés en matière de retraites et de congés de maladie ou de maternité, mais étaient défavorisés sous certains rapports (charge des frais en cas de maladie; en cas de décès sans ouverture du droit à pension; liste limitative des maladies à évolution lente) (141). La loi du 19 octobre 1946 mit un terme à cette situation en prévoyant dans son article 140 l'institution par décret, soumis à ratification, d'un régime de Sécurité sociale au profit des fonctionnaires les couvrant notamment contre les risques de maladie, invalidité et décès, sans qu'il soit porté atteinte aux avantages précédemment accordés. Tel fut l'objet du décret du 31 décembre 1946, ratifié par la loi du 9 avril 1947, et du décret du 20 octobre 1947 fixant certaines mesures d'application (142). A l'heure actuelle, les fonctionnaires bénéficient d'avantages au moins analogues à ceux du régime général de la Sécurité sociale. Mais si, à certains égards, ce régime est plus avantageux que le régime général, il est souvent moins avantageux que les régimes particuliers institués par les entreprises nationales (143). Il faut toutefois noter que si au même titre que les cotisations pour les allocations familiales et celles perçues pour couvrir les accidents du travail sont dues par les employeurs, les prestations familiales et les prestations d'accidents du travail sont à la charge de l'Etat, les fonctionnaires versent une cotisation de 6 % pour assurer le financement des pensions de retraite et de 2,5 % pour financer le service des prestations en nature (144). Les salariés

(141) J. BERTRAND, « Le Régime de Sécurité sociale des fonctionnaires », R.A. 1948, n° 4, p. 31.

(142) Le régime des pensions civiles des fonctionnaires successivement régi par les lois des 9 juin 1853, 19 avril 1924, 20 septembre 1948 est actuellement défini par le Code législatif du 23 mai 1951, et par le Code réglementaire du 13 août 1954. L'article 23 de l'ordonnance du 4 février 1959 confirme l'existence d'un régime spécial de Sécurité sociale.

(143) GRÉGOIRE, *op. cit.*, p. 283. — DURAND et ROUAST, *Sécurité sociale*, 1958, n° 214 et 215, p. 286.

(144) L'Etat verse de son côté une cotisation de 3,50 %. Les prestations familiales et d'accidents du travail sont liquidées et payées par l'Etat. Il en est de même des prestations d'assurances sociales en espèces. En ce qui concerne les prestations en nature, les fonctionnaires sont affiliés aux caisses primaires de Sécurité sociale mais le service des prestations est assuré par des sociétés mutualistes de fonctionnaires (voir DOUBLET et LAVAU, *Sécurité sociale*, 1957, p. 394).

privés ne versent qu'une cotisation de 6 % pour assurer le financement des assurances sociales qui couvrent l'assurance-vieillesse.

293. — Le régime spécial des avantages en argent dont bénéficient les fonctionnaires en cas de maladie ou de blessure non imputable au service est certes plus avantageux que le régime général de la Sécurité sociale. De même, les conditions d'âge et d'ancienneté pour l'octroi d'une retraite sont moins sévères que pour les salariés privés (145). Si les agents des entreprises nationalisées se voient accorder des avantages sociaux supérieurs tant par rapport aux fonctionnaires qu'aux salariés privés, c'est qu'ils sont soumis à un régime complémentaire du régime général. Ainsi à l'Electricité et au Gaz de France existent des caisses mutuelles et complémentaires d'action sociale, organismes mutualistes chargés de la gestion d'un régime spécial de Sécurité sociale (146). Il faut toutefois signaler que dans le secteur privé des régimes complémentaires rendus obligatoires par des Conventions collectives, et des régimes supplémentaires facultatifs créés par les employeurs eux-mêmes sont de nature à augmenter sensiblement les avantages sociaux accordés aux salariés privés (147).

Ainsi dans le domaine des avantages sociaux, n'y a-t-il plus, non plus, de différences fondamentales entre le régime auquel sont soumis les agents des personnes publiques et celui auquel sont soumis les salariés privés. D'autant plus que seuls les fonctionnaires soumis au statut général relèvent d'un régime spécial de Sécurité sociale; les autres agents des personnes publiques sont soumis au même régime général que les salariés privés et bénéficient éventuellement, tels les agents des entreprises nationalisées, d'un régime complémentaire.

294. — Relevons le problème posé par la législation applicable aux accidents du travail. La loi du 30 octobre 1946 assure la réparation des accidents du travail, c'est-à-dire des accidents quelle qu'en soit la cause, survenus par le fait ou à l'occasion du travail à toute personne salariée ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit pour un ou plusieurs employeurs. L'existence d'un contrat de louage de services de droit privé n'est d'ailleurs pas nécessaire pour qu'il y ait accident de travail (148). Les agents des personnes publiques liés par un contrat de droit privé devaient manifestement être soumis à la loi de 1946 comme ils étaient soumis avant, à celle de 1898. S'agissant, par contre, des agents se trouvant statutairement ou contractuellement, dans une

(145) Voir CARCELLE et MAS, *Pensions civiles et militaires*, 2^e éd. 1957, Sirey.

(146) DELESALLE, *op. cit.*, pp. 82 et suiv. — FUSILIER, article cité, R.D.P. 1956, p. 512.

(147) DURAND et ROUAST, *Sécurité sociale*, 1958, n° 219, p. 291.

(148) PERRAUD-CHARMANTIER et de RIEDMATTEN, *Lois sociales, Sécurité sociale*, 5^e éd. 1956. L.G.D.J., p. 278.

situation de droit public, on se demandait à quel régime ils devaient être soumis. L'avis des sections sociales et de l'intérieur du Conseil d'Etat du 19 octobre 1948 a estimé que bénéficient de la loi de 1946 tous les agents des collectivités publiques victimes d'un accident ne leur ouvrant pas droit à un régime forfaitaire d'indemnisation (149). Cette solution a été confirmée par le Conseil d'Etat statuant au contentieux (150).

§ 4. — Remarques sur la disparité des rémunérations (151).

295. — C'est devenu un lieu commun que de souligner la disparité de rémunération existant entre le secteur public et le secteur semi-public d'une part (152) et le secteur public et le secteur privé, d'autre part. Dans les deux cas on constate un véritable déclassement de la fonction publique. M. Tiano (153) a eu le mérite de montrer qu'il fallait nuancer cette constatation et opérer certaines discriminations à l'intérieur du groupe des agents publics. Par ailleurs, certains éléments sont de nature à atténuer, d'autres à renforcer le déclassement de la fonction publique. En premier lieu, l'infériorité des traitements de la fonction publique par rapport aux entreprises nationalisées est beaucoup plus marquée pour les fonctions supérieures que pour les petits fonctionnaires. Cette infériorité paraît en régression pour ces derniers, mais stable pour les hauts fonctionnaires. De même le déclassement relatif de la fonction publique par rapport au secteur privé s'accroît à mesure

(149) Sur le régime des pensions d'invalidité voir CARCELLE et MAS, *op. cit.*, pp. 151 et suiv. Les agents de droit public se trouvent ainsi dans une situation spéciale ne bénéficiant que d'une réparation forfaitaire et non pas d'une réparation totale du dommage subi (voir note MEURISSE sous C.E., 7 novembre 1952, Cie L'Urbaine et la Seine, S. 1954.III.10. — BENOIT, « Forfait de pension et droit commun de la responsabilité administrative », J.C.P. 1956.I.1290). Mais, la loi du 31 décembre 1957 qui étend la compétence des tribunaux judiciaires à toutes les actions en réparation des dommages causés par un véhicule quelconque de l'administration est susceptible de contribuer à atténuer le particularisme de la condition juridique des agents des personnes publiques dans le domaine de la réparation des dommages subis par les préposés dans l'exercice de leurs fonctions. En effet, ayant, conformément aux dispositions de la loi précitée à faire application des règles du droit civil, quelles que soient les parties en cause, le Tribunal correctionnel de Saint-Etienne a refusé de faire jouer le principe du forfait de pension, qui ne trouve d'ailleurs son fondement dans aucun texte, dans une action intentée par les ayants droit d'un fonctionnaire victime en service, d'un accident causé par un véhicule de l'administration (Tribunal cor. Saint-Etienne, 11 juillet 1958, note AUBY, D. 1958, p. 648). Voir *contra*, Tribunal civ. Seine, 30 janvier 1959, J.C.P. 1959.II.11016, note P. L.

(150) C.E., 3 janvier 1958, Levrat, concl. DUTHEILLET DE LAMOTHE, S. 1958, p. 113.

(151) Nous entendons ici ce terme au sens large comme englobant le traitement ou salaire et les avantages sociaux attachés à la fonction.

(152) Voir *Le Monde*, du 7 octobre 1956.

(153) TIANO, *op. cit.*, pp. 189 et suiv.

que l'on s'élève dans la hiérarchie, car au bas de l'échelle les différences sont peu sensibles et ne sont d'ailleurs pas toujours au détriment des fonctionnaires. En second lieu, il faut tenir compte de certains éléments dans la comparaison des traitements des fonctionnaires avec les rémunérations perçues dans les autres secteurs de l'activité économique. Tout d'abord, l'examen du déroulement de la carrière de certains agents publics montre que le déclassement s'accroît fortement pour la sténo-dactylo, plus légèrement pour l'adjoint administratif, tandis que cet examen fait apparaître la situation privilégiée du dessinateur. Les avantages sociaux des fonctionnaires sont, nous l'avons vu, supérieurs à ceux des salariés privés lorsqu'on les envisage sous l'angle quantitatif, mais ils sont inférieurs à ceux du secteur nationalisé. Par ailleurs, si les avantages en nature sont rares pour les fonctionnaires, ils sont nombreux dans le secteur nationalisé et sont également appréciables dans le secteur privé. En revanche, les œuvres sociales des administrations apparaissent plus développées que celles de bon nombre d'entreprises (coopératives de consommation, colonies de vacances, maisons de repos, tourisme, cantines, organisations sportives et culturelles). Dans l'ensemble, les avantages non directement pécuniaires accentuent le déclassement par rapport au secteur nationalisé. L'évolution du régime des avantages sociaux accordés aux salariés et aux agents publics s'inscrit dans le cadre du rapprochement de la condition juridique de ces deux catégories de préposés. Elle révèle « l'emprunt » réciproque de différents avantages par l'une et l'autre des catégories. Le dernier emprunt paraît ainsi être celui relatif au régime des congés payés. Pendant longtemps les fonctionnaires bénéficièrent d'un régime plus avantageux puisqu'ils disposaient d'un congé double de celui des salariés privés, un mois au lieu de quinze jours. Or, la loi du 27 mars 1956 est venue assurer aux salariés privés trois semaines de congés payés.

M. Tiano a fait judicieusement remarquer (154) que la comparaison entre les rémunérations perçues portait en général sur les fonctions techniques dont le secteur privé a grand besoin et que si la comparaison portait sur les fonctions administratives, les résultats seraient peut-être différents.

Bien que l'idée du déclassement de la fonction publique soit très répandue, l'Administration ne souffre cependant pas d'une pénurie de recrutement. On explique traditionnellement ce fait par la sécurité de l'emploi dont jouissent les fonctionnaires par rapport aux salariés privés (155). Mais sur ce point aussi, nous allons noter un rapprochement des conditions juridiques.

(154) A. TIANO, *op. cit.*, p. 211.

(155) M. TIANO ajoute, en ce qui concerne les hauts fonctionnaires, les loisirs. Au cours d'une enquête menée par l'Institut Technique des Administrations publiques (I.T.A.P.) en vue de déterminer comment « les fonction-

SECTION III

LA SÉCURITÉ DE L'EMPLOI

296. — On a pu dire que d'une façon générale, les fonctionnaires français bénéficient d'un droit au maintien dans leur situation administrative et que cet avantage les différencie des salariés du secteur privé, qui peuvent, en principe, sauf certaines limitations introduites récemment dans la législation du travail, être licenciés sans autre forme de procès (156). Mais certains auteurs privatistes (157) ont également constaté l'évolution contemporaine vers la propriété de l'emploi : évolution qu'ils estiment dictée par la prise en considération dans ce domaine de la dignité de la personne humaine et par le souci de mieux organiser l'entreprise. Et faisant allusion au droit du fermier, M. Durand souligne que la reconnaissance de la propriété de l'emploi se situe dans la ligne d'une évolution, qui tend à créer de nouveaux droits de propriété fondés sur le travail, par une transformation en droits réels d'anciens droits de créance.

§ 1. — Stabilité de l'emploi dans le secteur public.

297. — Si l'on met à part les fonctionnaires occupant de hautes fonctions, visées par le décret du 21 mars 1959 et dont le licenciement peut intervenir de façon discrétionnaire, le licenciement des agents publics intervient dans des conditions telles qu'ils se trouvent dotés d'une stabilité de l'emploi certaine. Selon M. Grégoire (158), la situation des agents titulaires est caractérisée par la possession d'un « état ». Le bénéfice des dispositions qui régissent cette catégorie ne peut leur être retiré que dans des cas limitativement prévus dont l'appréciation est entourée de sérieuses garanties. Mais il ne faut pas croire que l'ensemble des fonctionnaires ait toujours connu d'aussi sérieuses garanties. Sur ce point la loi du 19 octobre 1946 a joué un grand rôle en généralisant dans la fonction publique, la distinction fondamentale entre le grade, définitivement acquis et l'emploi confié à titre précaire,

naires jugent leur métier » à la question : « Quels éléments vous attachent le plus à la fonction publique ? » les réponses ont indiqué : la stabilité de l'emploi (57,3 %), l'intérêt du métier (17,1 %), l'existence d'une retraite (11,5 %), l'esprit « fonction publique » (6,1 %). Voir *Le Monde*, du 30 avril 1955 et les résultats de l'enquête publiée en 1955 par l'I.T.A.P., 33, rue Jean-Goujon, Paris.

(156) Note BRAIBANT, sous C.E., 1^{er} octobre 1954, Guille, D. 1955, p. 431.

(157) DURAND, *op. cit.*, T. II, pp. 96 et suiv. et RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, pp. 296 et suiv.

(158) GRÉGOIRE, *op. cit.*, pp. 75 et suiv.

distinction qui était traditionnelle dans l'armée et la magistrature. La loi des 19 et 23 mai 1834 débutait en effet par cette affirmation capitale : « Le grade est conféré par le Roi. Il constitue l'état de l'officier. L'officier ne peut le perdre que pour l'une des causes ci-après... » Le même principe se trouvait consacré de façon aussi nette, bien que moins lapidaire dans les textes sur l'organisation judiciaire : un magistrat ne peut être privé de son titre qu'en vertu d'une décision disciplinaire.

298. — Pour les juges du siège le principe de l'inamovibilité, consacré par la Constitution de 1946 et confirmé par celle de 1958, subordonne les mutations d'emplois à l'agrément des intéressés. Pour les fonctionnaires au contraire la possession d'un état consacré par la distinction du grade et de l'emploi n'est clairement affirmé que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 octobre 1946. Désormais, les titulaires tiennent leurs droits vis-à-vis de l'Etat du grade, titre en quelque sorte personnel, conféré aux membres du corps dont ils font partie et non de l'exercice d'une fonction déterminée, correspondant à l'emploi qu'ils occupent.

299. — Jusqu'en 1946, la doctrine et la jurisprudence admettaient que la suppression de l'emploi occupé entraînait de plein droit le licenciement. Tout au plus le Conseil d'Etat annulait-il pour excès de pouvoir, les suppressions d'emploi factices, décidées dans le seul dessein de licencier un titulaire (159). Mais soit en vertu d'une disposition générale, soit sur la base de la théorie du risque, les fonctionnaires évincés recevaient une indemnité compensant le préjudice subi, ce préjudice étant exceptionnel et anormal (160).

Cette indemnité de licenciement permettait aux demandeurs de chercher une situation nouvelle.

300. — L'article 134 de la loi du 19 octobre 1946 a introduit une séparation entre la suppression de l'emploi et le licenciement : « En cas de suppression d'emplois permanents occupés par des fonctionnaires, ces derniers ne peuvent être licenciés qu'en vertu de lois spéciales de dégagement des cadres, prévoyant notamment les conditions de préavis et d'indemnisation des intéressés » (161). Ainsi, dans le cadre d'une politique de compressions budgétaires, une loi de dégagement des cadres a été votée le 3 septembre 1947 et plusieurs fois prorogée par la suite (162). Les principes qui président à ces mesures de dégagement des cadres

(159) GRÉGOIRE, *op. cit.*, pp. 76 et suiv. — JÈZE, *Principes généraux*, 3^e éd. 1930, p. 659.

(160) C.E., 11 décembre 1903, Villenave, *Rec.*, p. 767.

(161) Le même principe a été confirmé par l'article 51, alinéa 2, de l'ordonnance du 4 février 1959.

(162) CARCELLE et MAS, « Les Dégagements des cadres », R.A. 1958, p. 59.

sont les suivants : les titulaires ne peuvent être licenciés qu'en l'absence de non-titulaires exerçant des attributions similaires; la suppression d'un emploi ne doit pas entraîner nécessairement le licenciement du fonctionnaire qui l'occupe mais celui du fonctionnaire le moins valable occupant l'un des emplois équivalents; enfin, certains fonctionnaires, à raison de leur situation personnelle ou des services rendus au pays, ont droit à une priorité de maintien dans les cadres, ou même sont exclus des mesures de licenciement. Ainsi l'ordre des licenciements, compte tenu notamment de la valeur professionnelle des intéressés (163) devait-il être fixé sur une liste (164) et être soumis pour avis, aux Commissions paritaires (165). Les conditions d'indemnisation et de reclassement des agents licenciés ont été fixées par la loi et remaniées à plusieurs reprises (166). En principe, une indemnité est allouée aux agents licenciés. Lorsque la loi n'en prévoit pas, les tribunaux accordent cependant une indemnité sur la base de l'idée de risque sauf dans le cas où elle est expressément exclue par une disposition générale ou par le statut de l'intéressé (167).

301. — En dehors du licenciement faisant suite à une condamnation pénale portant déchéance des droits civiques (168), de la révocation prononcée à titre de sanction disciplinaire (169) et de la mise à la retraite lorsque la limite d'âge est atteinte, la sortie du service forcée (170) peut également intervenir pour inaptitude physique ou pour insuffisance professionnelle. La jurisprudence avait toujours admis le licenciement pour ces motifs (171). Mais à l'heure actuelle, les cas de licenciement pour incapacité physique se trouvent restreints en raison de la nouvelle législation sur les congés et les pensions. D'autre part, le licenciement d'un fonctionnaire pour insuffisance professionnelle consacré par l'arti-

(163) C.E., 2 juin 1950, Deslandres, *Rec.*, p. 368.

(164) C.E., 2 décembre 1949, Lonjon, *Rec.*, p. 524.

(165) C.E., 5 mai 1954, Souliman, *Rec.*, p. 250.

(166) Voir notamment décret du 9 août 1953.

(167) S'agissant d'agents contractuels, voir C.E., 2 mars 1949. Syndicat des Services de contrôle technique, *Rec.*, p. 102.

(168) C.E., 3 janvier 1936, Demay, *Rec.*, p. 3.

(169) A signaler également le licenciement prononcé par simple décision du ministre après avis de la commission paritaire, lorsque l'agent refuse de reprendre son service à l'expiration de sa mise en disponibilité (art. 45, al. 2 et 51 de l'ordonnance du 4 février 1959).

(170) La démission des fonctionnaires est soumise à un régime spécial. Voir PLANTEY, *op. cit.*, pp. 150 et suiv. Il y a lieu de signaler qu'en application de l'article 32, alinéa 2, du décret n° 59-309, du 14 février 1959, l'autorité compétente dispose désormais de quatre mois, et non plus d'un mois, pour accepter une démission.

(171) C.E., 18 mai 1938, Krieff, *Rec.*, p. 432. Voir M. BERNARD, « Le Contrôle du Conseil d'Etat sur l'appréciation par l'administration de l'aptitude professionnelle et physique des fonctionnaires », E.D.C.E. 1957, p. 53.

cle 135 de la loi du 19 octobre 1946 est assorti de sévères précautions. Il faut d'abord qu'il fasse véritablement preuve d'incapacité et la juridiction administrative vérifie la matérialité des faits (172) qui lui sont reprochés. D'autre part, il faut que son reclassement dans une autre administration ou service s'avère impossible. Enfin, les formalités prescrites en matière disciplinaire doivent être respectées. La loi ayant prévu qu'un règlement d'administration publique fixerait les conditions d'octroi d'une indemnité au fonctionnaire licencié dans de telles conditions, un décret du 3 mars 1951 a fixé le montant de cette indemnité à une somme égale aux trois quarts des émoluments afférents au dernier mois d'activité, multipliés par le nombre d'années de services validées pour la retraite. Ces principes ont été confirmés par l'article 52 de l'ordonnance du 4 février 1959 et l'article 35 du décret n° 59-309 du 14 février 1959.

302. — Telles sont les sérieuses garanties de stabilité d'emploi reconnues aux fonctionnaires titulaires (173). Mais les agents publics non fonctionnaires et *a fortiori* les agents privés des personnes publiques ne bénéficient pas d'un régime aussi favorable (174). Toutefois les régimes statutaires accordent des garanties aux agents de certaines entreprises nationalisées (175). Le licenciement des stagiaires peut être opéré pour insuffisance professionnelle, incapacité physique ou morale d'exercer les fonctions avant la fin du stage (176) et sans avoir droit à une indemnité (177). Il en est de même pour tous les agents recrutés à titre provisoire (178), sans que la décision ait à être motivée (179). Certains statuts ou contrats prévoient cependant des préavis (180).

La suppression d'emploi entraîne normalement et automati-

(172) C.E., 19 février 1954, Couture, *Rec.*, p. 116.

(173) On ne peut cependant passer sous silence d'une part, les conséquences, parfois désastreuses, qu'a entraîné pour les fonctionnaires en service dans ces territoires, l'évolution politique et juridique des territoires d'outre-mer, du Maroc et de la Tunisie, et, d'autre part, les dégagements de cadres résultant de la réforme judiciaire. Par ailleurs, dans le cadre des larges pouvoirs qui ont été reconnus au gouvernement durant la période transitoire de juin 1958 à février 1959, un certain nombre de fonctionnaires du corps préfectoral ont été mis à la retraite. A cet égard, signalons que l'article 53 de l'ordonnance du 4 février 1959 confirme le principe posé par la loi du 17 août 1948 portant redressement économique et financier, suivant lequel le régime des limites d'âge est fixé par décret en Conseil d'Etat.

(174) PLANTEY, *op. cit.*, p. 156.

(175) Voir par exemple Statut du Mineur, article 6.

(176) C.E., 30 avril 1948, Arco, *Rec.*, p. 187. — C.E., 30 juillet 1949, Lafargue, *Rec.*, p. 732.

(177) Décret du 13 septembre 1949, article 2, alinéa 3.

(178) C.E., 15 décembre 1948, Pougheon, *Rec.*, p. 472.

(179) C.E., 3 décembre 1947, Perronnard, *Rec.*, p. 630.

(180) C.E., 23 avril 1948, Giraud, *Rec.*, p. 629 ; 12 février 1936, de Winter, *Rec.*, p. 193.

quement le licenciement des non titulaires, qui ne peuvent invoquer l'article 51, alinéa 2, de l'ordonnance du 4 février 1959 puisqu'ils ne peuvent se prévaloir de leur appartenance à un cadre permanent de l'Administration et ne sont titulaires d'aucun grade.

§ 2. — Evolution vers la stabilité de l'emploi dans le secteur privé.

303. — Certes l'article 23 du Titre II, Livre I^{er} du Code du travail qui prévoit que « le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes », est loin de garantir la sécurité de l'emploi aux salariés privés. Mais la Charte du travail de 1941 avait reconnu aux salariés la propriété de leur qualification professionnelle (181) et avait imposé aux patrons l'obligation de gérer leur entreprise pour le bien commun de tous leurs membres (182). Et si à l'heure actuelle on ne trouve dans le Code du travail aucune reconnaissance expresse du droit à la propriété de l'emploi du moins on retrouve « dans les pièces dispersées de notre législation cette idée maîtresse », ce qui conduit le doyen Ripert à dire que « si on admet les conséquences, pourquoi ne pas proclamer le principe » (183). M. Durand a noté quatre manifestations de cette évolution de notre législation vers une permanence et une stabilité de l'emploi : d'une part la limitation des cas de rupture du contrat de travail; en second lieu, l'intervention des pouvoirs publics pour empêcher dans certains cas la résiliation du contrat de travail (184); dans certains cas même, le droit du travail organise la réintégration dans l'entreprise; enfin lorsque la résiliation ne peut être empêchée le droit du travail s'efforce de limiter le préjudice causé au salarié par la perte de son emploi.

A. — LIMITATION DES CAS DE RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL.

304. — Au lieu d'être rompu, le contrat de travail se trouve suspendu dans de nombreux cas où le salarié est empêché d'effectuer sa prestation de travail.

Il existe ainsi des causes de suspension d'ordre militaire. Le contrat de travail subit une paralysie temporaire et reprend ensuite son cours normal. Initialement, le maintien du contrat était limité aux périodes obligatoires d'instruction militaire, mais la loi du 2 août 1949 a étendu la solution à tous les rappels sous les drapeaux, quelle qu'en soit la cause et la loi du 27 mars 1956 a

(181) Article 2, alinéa 6.

(182) Article 2, alinéa 8.

(183) RIPERT, *op. cit.*, p. 300.

(184) Intervention dont il faut rapprocher celle des organisations professionnelles et notamment syndicales par le moyen des conventions collectives.

étendu les dispositions de l'article 25, Livre I^{er} du Code du travail à l'appel sous les drapeaux en exécution d'un engagement pour la durée de la guerre (185). De même la jurisprudence a depuis longtemps admis que la maladie suspend le contrat de travail (186). De son côté la loi a prévu que la maternité constituait une cause de suspension du contrat de travail. Cette suspension se présente sous un double aspect : suspension obligatoire pour l'employeur deux semaines avant et six semaines après l'accouchement (187) ; suspension facultative à la demande de la femme salariée qui permet d'augmenter la suspension obligatoire prévue de quatre semaines avant l'accouchement et de deux semaines après (188).

Nous avons vu d'autre part, précédemment, que la grève ne constituait plus un motif de rupture du contrat de travail, mais simplement une cause de suspension. De même, nous avons déjà signalé qu'aux termes de l'article 23, alinéa 7, L. 1^{er}, C.T., la modification de la situation juridique de l'employeur était sans influence sur les relations du travail.

B. — INTERVENTION DES POUVOIRS PUBLICS (189) ET DES ORGANISATIONS SYNDICALES.

305. — L'ordonnance du 24 mai 1945 (190) relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi a instauré à la fois un contrôle administratif des embauchages et un contrôle administratif des licenciements. En application de l'article 9 de cette ordonnance, un arrêté en date du 6 octobre 1945 a institué trois secteurs (191) : un secteur qui reste *libre* et qui correspond aux professions domestiques et agricoles, un secteur *surveillé* dans lequel tout congédiement doit s'accompagner d'une notification au service départemental de la main-d'œuvre et qui correspond aux professions libérales, un secteur *contrôlé*, dans lequel une autorisation doit être sollicitée du service public de la main-d'œuvre et qui correspond aux professions industrielles et commerciales. Cette autorisation doit être préalable à tout congédiement sous peine de sanctions pénales. Le silence gardé durant sept jours par l'Administration équivaut à un agrément tacite. Un appel a été

(185) La loi du 9 juillet 1956 a, pour tenir compte des événements d'Algérie qui ne constituaient pas juridiquement un état de guerre, accordé le bénéfice de l'article 25 aux engagés volontaires pour des « opérations de maintien de l'ordre ou de police hors de la métropole » (art. 12).

(186) Voir BRUN et GALLAND, *op. cit.*, II-324 et jurisprudence citée.

(187) Article 54 a, L. II, C.T., modifié par l'ordonnance du 2 novembre 1945.

(188) Article 29, L. I^{er}, C.T. modifié par le décret du 2 février 1955.

(189) RODIÈRE, « Le Contrôle public de la main-d'œuvre », J.C.P. 1946, I.498.

(190) En application de son article 11, un décret du 23 août 1945 en a fixé les modalités d'application.

(191) Voir LYON-CAEN, *op. cit.*, n° 277, p. 214.

prévu auprès du directeur départemental du travail. Tandis que l'ordonnance du 22 février 1945 et la loi du 16 avril 1946 réglementant le licenciement des membres des comités d'entreprise et des délégués du personnel (192) ont été dictées par le souci de protéger les salariés, l'ordonnance du 24 mai 1945 est dictée par des considérations économiques : assurer une meilleure répartition de la main-d'œuvre.

306. — La jurisprudence (193) tant administrative que judiciaire a sérieusement limité la portée de cette ordonnance en s'appuyant notamment sur l'article 9 du décret du 23 août 1945 stipulant que « sous réserve de l'application des sanctions prévues... les décisions prises par les services de la main-d'œuvre, et par les directeurs départementaux du travail, ne portent pas atteinte aux dispositions du droit commun qui régissent les rapports entre employeurs et salariés ».

Il s'est ainsi institué une indépendance certaine entre le contrôle administratif et le contrôle judiciaire (194).

Selon la jurisprudence administrative, l'Administration doit être guidée uniquement par des préoccupations d'ordre économique (195) et non par des considérations d'ordre social (196) ou d'ordre juridique (197).

Mais le pouvoir de l'Administration est souverain dans l'ordre économique (198). Par ailleurs d'après la jurisprudence civile un congédiement même non encore autorisé administrativement entraîne ses effets naturels et ce à compter du jour où il a été donné, et non de l'autorisation administrative (199). D'ailleurs au même titre qu'un congédiement peut être abusif, malgré l'autorisation accordée par le service de la main-d'œuvre (200), l'absence d'une telle autorisation ne rend pas le congédiement abusif pour autant (201). Toutefois au regard de la jurisprudence répressive en l'absence d'une telle autorisation et même en cas de faute du travailleur, le congédiement constitue un délit sanctionné pénalement (202).

(192) Voir *supra*, n° 193.

(193) C.A. COLLIARD, « La Stabilité de l'emploi et les autorisations administratives devant le contrôle juridictionnel », D.S. 1951, p. 237.

(194) BRUN et GALLAND, *op. cit.*, II-319.

(195) C.E., 22 décembre 1950, Société du Bazar de l'Hôtel de Ville, D.S. 1951, p. 249.

(196) C.E., 18 juin 1947, Sté Albert et Jérôme Lévy, *Rec.*, p. 273 ; 5 mars 1954, Cie La Foncière Transp., *Rec.*, p. 146.

(197) C.E., 25 février 1953, Société Air France, *Rec.*, p. 792.

(198) C.E., 28 octobre 1949, S.A. des Ateliers du Cap Janet. *Concl. DELVOLVE J.C.P.* 1950II.5861. — 18 décembre 1953, Société des Autocars Gaby, S. 1954. III.75. — 24 juillet 1953, S.A. Fromageries Bel, *Rec.*, p. 393.

(199) Soc., 26 février 1948, J.C.P. 1948.II.4371.

(200) Soc., 4 août 1952, D.S. 1953, p. 222.

(201) Soc., 27 janvier 1956, D.S., 1956, p. 222.

(202) Crim., 28 juin 1951, D. 1951, p. 542. *Concl. PATIN.*

Ces diverses solutions ont permis à MM. Rivero et Savatier (203) de souligner la double finalité économique et sociale du droit du travail. Les impératifs de l'économie dirigée ne portent pas atteinte aux techniques du droit privé, chargées de faire régner la justice entre particuliers. Mais ce qui est surtout curieux à constater, c'est que le congédiement sans autorisation apparaît comme étant à la fois illicite au regard de la loi pénale, et valide et efficace au regard de la loi civile.

307. — Les garanties dont disposent les membres des comités d'entreprise et les délégués du personnel sont plus sûres car, compte tenu des textes, l'agrément préalable du comité d'entreprise ou, à défaut, de l'inspecteur du travail est obligatoire. Et la jurisprudence a reconnu à l'inspecteur du travail un pouvoir de contrôle général qui n'est pas limité à l'examen de considérations économiques car il s'agit de salariés privilégiés que le législateur a voulu doter d'un régime dérogatoire du droit commun en raison de la nature des fonctions qu'ils exercent (204).

L'intervention des organisations syndicales ou du moins, des représentants du personnel n'est pas limitée au congédiement des membres des comités d'entreprise ou à celui des délégués du personnel. Elle apparaît également obligatoirement en cas de licenciements collectifs ou facultativement en cas de licenciements individuels.

308. — S'agissant des licenciements collectifs, l'ordonnance du 24 mai 1945, article 10, a prévu que le règlement intérieur, qui est, comme nous l'avons vu, élaboré après avis du comité d'entreprise ou par les délégués du personnel, s'il en existe, déterminerait les règles générales relatives à l'ordre du licenciement, compte tenu des charges de famille, de l'ancienneté de service dans l'établissement et des qualités professionnelles. Mais cette tâche n'est confiée au règlement intérieur, aux termes mêmes de l'ordonnance, qu'en l'absence de Convention collective de travail applicable à l'établissement.

309. — Dans le cadre des Conventions collectives, la protection des salariés est mieux assurée encore, car les organisations syndicales peuvent discuter avec les représentants patronaux sur un pied d'égalité. La question des licenciements doit être obligatoirement envisagée dans les Conventions collectives nationales, susceptibles d'extension. S'agissant des licenciements individuels, il se peut que le règlement d'atelier ou une Convention collective apportent des restrictions au pouvoir du chef d'entreprise (205).

(203) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 478.

(204) Soc., 3 juin 1948, J.C.P. 1948.II.4462. — C.E., 12 novembre 1949, Soc. Nancéenne d'Aliment. Concl. GUONIN, J.C.P. 1950.II.5909.

(205) Soc., 28 novembre 1957, D.S. 1958, p. 34.

C. — RÉINTÉGRATION DANS L'ENTREPRISE.

310. — Le service militaire proprement dit, n'est pas une cause de suspension, mais la loi du 2 août 1949 a accordé de sérieuses garanties aux salariés libérés du service militaire en leur accordant un droit de réintégration. De même l'ordonnance du 1^{er} mai 1945 avait accordé le même droit à un certain nombre de salariés qui avaient dû quitter leur emploi par suite de circonstances indépendantes de leur volonté : mobilisation, déportation, captivité, travail forcé.

Nous avons déjà signalé d'autre part, la jurisprudence de la Cour supérieure d'arbitrage ordonnant la réintégration du salarié en cas de licenciement abusif (206). Mais dans la plupart des cas, la rupture abusive du contrat de travail se résoudra par l'octroi d'une indemnité.

D. — ATTÉNUATION OU RÉPARATION DU PRÉJUDICE CAUSÉ.

311. — En premier lieu, l'article 23 L. 1^{er}, C.T., alinéa 2, prévoit un délai-congé dont elle laisse le soin de la fixation aux usages et aux Conventions collectives (207). En second lieu, tant l'inobservation du délai-congé que la résiliation abusive du contrat de travail peut donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts. L'alinéa 6 de l'article 23 précité stipule que pour la fixation de l'indemnité, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, de l'ancienneté des services combinés avec l'âge de l'ouvrier ou de l'employé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite et, en général, de toutes les circonstances qui peuvent justifier l'existence et déterminer l'étendue du préjudice subi.

Il faut également signaler la jurisprudence récente ayant entendu rendre responsable à l'égard de ses ouvriers, un patron pour le préjudice subi par eux à la suite de leur licenciement consécutif à une mauvaise gestion de l'entreprise (208). Malheureusement, la Cour de cassation n'a pas ratifié cette prise de position (209).

(206) C.S.A., 4 juillet 1938, D.S. 1938, p. 292 ; 15 février 1939, D.S. 1939, p. 32 ; 14 décembre 1954, D.S. 1955, p. 282.

(207) Compte tenu cependant des dispositions de la loi du 18 février 1958 (Voir commentaires CAMERLYNCK, D. 1958, chr. p. 57 et LAPP et APPRIL, J.C.P. 1958.I.1438). Voir également CAMERLYNCK, *Traité pratique de la rupture du contrat de travail*, 1959.

(208) Tribunal paix Méréville, 6 avril 1954, J.C.P. 1954.II.8097, note F.G. — Tribunal civ. Etampes, 24 juin 1954, J.C.P. 1954.II.8256, note F.G. — 27 janvier 1955, G.P. 1955.I.165 : Affaire des Etablissements Brinon.

(209) Soc., 31 mai 1956, déjà cité, D. 1958, p. 21, note LEVASSEUR.

CONCLUSION

312. — Nous avons ainsi pu constater que, d'une part, les tâches de l'Etat et des autres collectivités publiques s'étant multipliées, elles ont entraîné un accroissement du nombre des agents à leur service, dont les statuts se sont différenciés et ont comporté un nombre toujours croissant de règles identiques à celles du salariat privé. Ce qui a permis à M. Rivero de constater que « le droit social annexe à son empire le vaste champ de la fonction publique » (1). Mais en même temps, nous avons relevé différents traits qui consacrent l'évolution du droit du travail, primitivement rattaché au droit privé et qui comporte à l'heure actuelle des « organes et des principes de caractère jusqu'alors réputé public » (2). L'intervention de l'Etat, les différences profondes entre le droit du travail et le droit privé classique, dont l'aspect institutionnel est moins développé et la large place faite aux rapports collectifs, alors que le droit privé régit essentiellement des rapports individuels, ont conduit MM. Rivero et Savatier (3) à conclure que le droit du travail faisait éclater la distinction traditionnelle du droit privé et du droit public et « qu'il ne peut s'y insérer, dans la mesure où tout à la fois il emprunte à l'un et à l'autre et présente des traits qui ne relèvent ni de l'un ni de l'autre ». L'évolution comparée du droit de la fonction publique et du droit du travail révèle l'atténuation de l'opposition entre droit public et droit privé (4). Que cette opposition ait été dictée plus par des raisons de commodité pratique que par une rigueur scientifique (5), ou « parce que dans notre pays elle correspond à des divisions du recrutement universitaire et de l'organisation juridictionnelle » (6), il n'en demeure pas moins que de tous temps des auteurs se sont opposés à voir une séparation profonde et complète entre le droit public et privé (7). On a pu constater au vu de cette évolution des deux branches du droit, qu'il y avait une « compénétration » des deux droits (8), et « moins envahissement de l'un par l'autre que bouleversement de l'un et de l'autre ».

(1) RIVERO, « Impérialisme du droit social ? », D.S. 1949, p. 370.

(2) CHARLIER, « Puissance publique et question sociale », *Mélanges Mestre*, pp. 73 et suiv.

(3) RIVERO et SAVATIER, *Droit du Travail*, pp. 5 et 6.

(4) Voir sur ce point EISENMANN, « Droit public et droit privé » R.D.P. 1952, pp. 903 et suiv.

(5) LEGAL et BRETHER, *op. cit.*, p. 50.

(6) CHARLIER, article cité, *Mélanges Mestre*.

(7) DUGUIT, *Traité droit const.*, 3^e éd., T. I, pp. 684 et suiv.

(8) EISENMANN, article cité, p. 978.

tre » (9). Et la Cour de cassation ayant été jusqu'à faire application de principes qui jusqu'alors ressortissaient, selon les auteurs, au seul droit public, M. Esmein a pu y voir la manifestation d'une volonté « de faire cesser, là où elle n'a pas de raison d'être, la division de notre droit en deux systèmes qui se défient l'un l'autre » (10).

313. — Il nous semble que dans le domaine des règles de droit applicables aux individus au service d'autrui, que leur commettant soit une personne publique ou une personne privée, il n'y a pas de raison de poser comme principe une différence quant au fond des règles régissant la condition juridique des agents des personnes publiques par rapport à celles régissant la condition juridique des agents des personnes privées. En dépit de la tendance qui semble caractériser le statut de 1959, une autonomie du droit de la fonction publique, prise au sens large, ne se justifie plus. Certes, il n'est pas question de contester le caractère spécifique de certaines opérations administratives ni les conséquences qui en résultent, mais au sein même du bloc des activités privées, on ne peut ignorer la spécificité de certaines activités, par exemple, comme le soulignait sous l'arrêt Bouguen, M. Donnedieu de Vabres : « les clauses exorbitantes du droit privé qui confèrent aux opérations administratives leurs caractères propres, répondent à des besoins particuliers qui impliquent, à l'égard du droit commun, une différenciation du même type que celle qui a donné à l'acte de commerce sa physionomie spécifique » (11), ce qui le conduisait à constater que « l'évolution actuelle impose entre les opérations de droit public et les opérations de droit privé des combinaisons multiples et complexes dans lesquelles disparaît le caractère propre des corps composants ».

Il existe donc un fonds de règles communes applicables aux agents des personnes publiques et aux agents des personnes privées. Toutefois, en raison de la particularité de certaines activités publiques, certaines règles propres régiront la condition des agents qui y participent, au même titre que certains salariés privés seront soumis à des règles différentes suivant les fonctions qu'ils occupent, la nature de l'entreprise ou le lieu d'établissement de l'entreprise.

314. — Il n'est donc pas question de nier l'originalité de certains traits de la condition juridique des agents des personnes publiques, pas plus qu'il n'est possible de contester la spécificité de certaines règles du droit du travail. Si on ne peut parler d'au-

(9) RIVERO, « Droit public ou droit privé; conquête ou statu quo ? », chr. au *Dalloz* 1947, p. 71.

(10) ESMEIN, note sous Cass. civ., 2^e, 23 novembre 1956, Trésor public c. Giry, *J.C.P.* 1957, II, 9681.

(11) Note de J. DONNEDIEU DE VABRES sous C.E., 2 avril 1943, Bouguen, *D.C.* 1944, p. 55.

tonomie du droit du travail (12), par contre, le particularisme de cette branche du droit est certaine (13). Car, comme l'ont souligné MM. Rivero et Savatier, « aucune branche du droit n'est en ce sens complètement autonome : dans chaque pays, à chaque période de l'histoire, toutes font partie d'un même système de civilisation et obéissent aux mêmes principes fondamentaux dans l'ordre éthique et dans l'ordre logique » (14).

315. — Cette remarque est également valable en ce qui concerne une comparaison entre le droit public et le droit privé. A en croire un éminent spécialiste du droit administratif, M. Odent, « malgré certaines apparences contraires, il n'y a entre le droit privé et le droit public aucune opposition, aucune contradiction qui rendraient ces deux disciplines complètement indépendantes l'une et l'autre ; quel que soit le qualificatif qui y est accolé, le droit trouve son unité nécessaire dans les exigences de la conscience juridique d'une époque déterminée : ses différentes branches reflètent, chacune avec les caractéristiques qui lui sont propres, cet élément commun » (15). Telle est, à notre avis, l'explication du rapprochement constaté entre la condition juridique des agents des personnes publiques et celle des agents des personnes privées, rapprochement qui n'exclut pas cependant pour les uns et les autres certaines particularités, que celles-ci s'analysent en avantages ou en inconvénients.

Vu,

Le Président de la thèse :

Ch. EISENMANN.

Vu,

*Le Doyen de la Faculté,
Membre de l'Institut :*

J. HAMEL.

Vu et permis d'imprimer,
*Le Recteur de l'Académie de Paris,
Président du Conseil de l'Université,
Membre de l'Institut :*
J. SARRAILH.

(12) Voir cependant CAMERLYNCK, « L'Autonomie du droit du travail », D. 1956, chr. p. 23.

(13) P. DURAND, « Le Particularisme du droit du travail », D.S. 1945, p. 298.

(14) RIVERO et SAVATIER, *op. cit.*, p. 7.

(15) ODENT, *Contentieux administratif*, 1957-58, p. 10 et 11.

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne comprend que les ouvrages et articles qui nous ont réellement servi dans l'étude et la présentation de notre sujet. Elle ne comprend ni les ouvrages et articles qui n'ont été utilisés qu'incidemment, et auxquels il est renvoyé en note, ni surtout les notes de jurisprudence et les conclusions des commissaires du gouvernement, qui sont citées en temps utile.

I. — MANUELS, TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

- ALIBERT (R.) : *Le Contrôle juridictionnel de l'administration*, 1926.
BEQUET (L.) : *Répertoire de droit administratif*, T. XVI, 1899.
BERTHELEMY (H.) : *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e éd., 1933.
Bibliographie de la fonction publique et du personnel des administrations publiques, publiée sous la direction de H. PUGET. Fondation Nationale des Sciences Politiques, Centre de Recherches administratives, 1948.
BOUÈRE (J.) : *Le Droit de grève*, 1958.
BRUN (A.) et GALLAND (H.) : *Droit du travail*, 1958.
CHAPUS (R.) : *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1^{re} éd. 1954, 2^e éd. 1957.
CHAVANON (Chr.) : *Les Fonctionnaires et la fonction publique*. Cours I.E.P. 1950-1951.
DALLOZ : *Répertoire de droit administratif*, T. I, 1958, T. II, 1959.
DARESTE (R.) : *La Justice administrative en France*, 1^{re} éd. 1862, 2^e éd. 1898.
DELESALLE (P.-M.) : *Le Statut du personnel des entreprises nationalisées*, 1953.
DUEZ (P.) et DEBEYRE (G.) : *Traité de droit administratif*, 1^{re} éd. 1952.
DUGUIT (L.) : *Manuel de droit constitutionnel*, 1907.
— *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd. 1911, 2^e éd. 1921-23, 3^e éd. 1927.
— *Etudes de droit public*, T. II : « L'Etat, les gouvernants et les agents », 1903.
DURAND (P.) : *Traité de droit du travail*, T. I, 1947 (avec la collaboration de JAUSSAUD (R.) ; T. II, 1950, et T. III, 1956 (avec la collaboration de VITU (A.).
DURAND (P.) et ROUAST (A.) : *Précis de législation industrielle*, 4^e éd., 1953.
EISENMANN (Ch.) : *Cours de droit administratif*, D.E.S. de droit public 1953-1954.
GONIDEC (P.) et KIRSCH (M.) : *Droit du travail des territoires d'outre-mer*, 1958.
GRÉGOIRE (R.) : *La Fonction publique*, 1954.
GUYÉNOT (J.) : *La Responsabilité des personnes morales publiques et privées*, 1959.

- HAURIU (M.) : *Principes de droit public*, 1^{re} éd. 1910, 2^e éd. 1916.
 — *Précis de droit administratif*, 10^e éd. 1921, 11^e éd. 1927, 12^e éd. 1933.
- HULSTER (J. de) : *Le Droit de grève et sa réglementation*, 1952.
- JÈZE (G.) : *Le Statut des fonctionnaires*, 1928.
 — *Principes généraux du droit administratif*, 1^{re} éd. 1904, 2^e éd. 1914.
Jurisqueur administratif.
- LAFFERRIÈRE (E.) : *Traité de la juridiction administrative*, 1^{re} éd. 1887, 2^e éd. 1896.
- LAUBADÈRE (A. de) : *Traité élémentaire de droit administratif*, 2^e éd. 1957.
 — *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 3 vol. 1956.
 — *Cours de grands services publics et entreprises nationales* (1958-1959).
- LAUZON (A.) et CHASSAING (A.) : *Le Personnel dans le service des P.T.T.*, cours professé à l'Ecole Nationale Supérieure des P.T.T., 1953.
- LEGAL (A.) et BRETHER DE LA GRESSAYE (J.) : *Le Pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées*, 1938.
- LONG (M.), WEIL (P.) et BRAIBANT (G.) : *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 1^{re} éd. 1956.
- LYON-CAEN (G.) : *Manuel de droit du travail et de la Sécurité sociale*, 1955.
- MAZEAUD (H.) et MAZEAUD (L.) : *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 5^e éd., T. I, 1957 (avec la collaboration de A. TUNC).
- PERRIQUET (G.) : *Les Contrats de l'Etat*, 1^{re} éd. 1884, 2^e éd. 1890.
- PLANTEY (A.) : *Traité pratique de la fonction publique*, 1956.
- RIPERT (G.) : *Le Déclin du droit*, 1949.
 — *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd. 1951.
- RIVERO (J.) : « Le Régime des nationalisations », extrait du *Jurisqueur civil*. Annexes 1948.
- RIVERO (J.) et SAVATIER (J.) : *Droit du travail*, 1956.
- SAVATIER (R.) : *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1948.
- SCELLE (G.) : *Précis élémentaire de législation industrielle*, 1927.
- TIANO (A.) : *Les Traitements des fonctionnaires et leur détermination* (1930-1957), 1957.
- VEDEL (G.) : *Cours de droit administratif*, licence 2^e année, 1951-52, 1953-54, 1955-56.
 — *Droit administratif*, T. I, 1958, T. II, 1959.
- WALINE (M.) : *Les Rapports du droit administratif et du droit pénal*. Cours D.E.S. droit public, 1947-48 et 1948-49.
 — *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., 1951, 7^e éd. 1957.

II. — THESES

- BONNARD (R.) : *De la répression disciplinaire des fautes commises par des fonctionnaires publics*. Thèse Bordeaux, 1903.
- BOURDONCLE (R.) : *Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français*. Thèse Lyon, 1956.
- COHEN (J.) : *Les Comités d'entreprises ou organismes similaires dans les entreprises publiques*. Thèse Paris, 1956.
- LÉVY (R.) : *Du statut juridique du personnel ouvrier de services publics généraux en régie, concédés ou nationalisés*. Thèse Paris, 1947.
- MITSOU (T.) : *Les Rapports entre la convention collective et la sentence arbitrale dans les conflits collectifs du travail*. Thèse Paris, 1956.
- NÉZARD (H.) : *Théorie juridique de la fonction publique*. Thèse Paris, 1901.
 — *Les Principes généraux du droit disciplinaire*. Thèse Paris, 1903.

III. — ARTICLES ET CHRONIQUES

- BLAEVOET (Ch.) : « Personnes publiques et personnes privées », J.C.P. 1950. I.889.
- BONNARD (R.) : « La Nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français », *Revista de drept public*, Bucarest, 1930, p. 1.
- « Syndicalisme, corporatisme et état corporatif », R.D.P. 1937, p. 58.
- BRETHER DE LA GRESSAYE (J.) : « La Convention collective de travail est-elle un contrat ? », *Mélanges Capitant*, 1939, p. 101.
- « Les Transformations juridiques de l'entreprise patronale », D.S. 1939, p. 2.
- « Grèves et conventions collectives de travail », chronique, D. 1950, p. 65.
- BRIMO (R.) : « Le Fonctionnaire contractuel », R.D.P. 1944, p. 107.
- CAPITANT (H.) : « L'Evolution de la conception française en manière de convention collective du travail », *Mélanges Lambert*, 1938, T. III, p. 510.
- CARCELLE et MAS* : « Les Principes généraux du droit applicable à la fonction publique », R.A. 1958, p. 606.
- CASTAGNÉ (A.) : « Contribution à la théorie de la responsabilité des fonctionnaires à l'égard de l'administration en cas de cumul des responsabilités », R.D.P. 1958, p. 676.
- CATHERINE (R.) : « La Grève et les fonctionnaires », R.A. 1949, p. 337.
- CATHERINE (R.) et LIET-VEAUX (G.) : « La Grève des fonctionnaires », R.A. 1950, p. 366.
- CHARLIER (R.-E.) : « Le Droit constitutionnel de grève », J.C.P. 1948, I, 729.
- « Y a-t-il un droit de grève dans les services publics ? », J.C.P. 1950.I.837.
- « Puissance publique et question sociale », *Mélanges Mestre*, 1956, p. 94.
- DELBEZ (L.) : « Une conquête du droit public : le contrat de travail », R.D.P. 1939, p. 462.
- DUCLOS (P.) : « Le Statut général des fonctionnaires », *Politique*, 1947, p. 124.
- DUFAU (J.) : « De la condition juridique du personnel d'E.D.F. et du G.D.F. », C.J.E.G. 1957, pp. 1 et 2.
- DURAND (P.) : « Le Dualisme de la convention collective », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1939, p. 353.
- « La Condition de l'employé dans le droit du travail », D.S. 1939, pp. 226 et 315.
- « Pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », D.S. 1939, p. 340.
- « La Contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1944, p. 73.
- « Aux frontières du contrat et de l'institution », J.C.P. 1944.I.387.
- « Les Fonctions publiques de l'entreprise privée », D.S. 1945, p. 246.
- « Le Particularisme du droit du travail », D.S. 1945, p. 298.
- « Pouvoir syndical et puissance publique », chronique, D. 1947, p. 41.
- « Rapport sur « la notion juridique de l'entreprise ». *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1947, T. III, p. 45.
- « Le Rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1948, p. 155.
- « Une controverse actuelle : les effets de la grève sur le contrat de travail », D.S. 1948, p. 364.
- « Retour aux conventions collectives », D.S. 1949, p. 281.
- « La Fin d'une controverse : les effets de la grève sur le contrat de travail », D.S. 1950, p. 118.
- « La loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives de travail », D.S. 1950, pp. 93, 155 et 186.
- « Les Effets de la grève sur le contrat de travail et le contrôle de l'emploi », D.S. 1950, p. 200.
- « Le Nouveau droit jurisprudentiel de la grève », D.S. 1951, p. 523.

- « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », D.S. 1952, p. 437.
- « Le Régime juridique de la grève politique », D.S. 1953, p. 22.
- « Aux frontières du droit étatique et de la convention collective : le « statut du personnel » et la théorie des sources du droit du travail », C.J.E.G. 1954, p. 99.
- « Une nouvelle institution du droit des rapports collectifs de travail : la médiation des conflits collectifs », D.S. 1955, p. 409.
- « Contribution à la théorie de l'extension des conventions collectives : les effets de l'arrêté d'extension », D.S. 1956, p. 214.
- « La loi du 26 juillet 1957 sur le règlement des conflits collectifs de travail », D.S. 1958, p. 138.
- EISENMANN (Ch.) : « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extra-contractuelle des collectivités publiques », J.C.P. 1949.I.742 et 751.
- « Droit public, droit privé » (en marge d'un livre sur *L'évolution du droit civil français du XIX^e au XX^e siècle*), R.D.P. 1952, p. 903.
- FLORY (M.) : « Les Comités techniques paritaires », chronique D. 1952, p. 51.
- FUSILIER (R.) : « Le Statut du personnel des entreprises nationalisées comparé au statut des agents de la fonction publique », R.D.P. 1956, p. 501.
- GAUDENET (P.-M.) : « Le Déclin de l'autorité hiérarchique », chronique D. 1947, p. 137.
- GAZIER (F.) : « Commentaire de la loi du 19 octobre 1946 », D. 1947, L. 179.
- « Le Syndicalisme dans la fonction publique », D.S. 1948, p. 274.
- GONIDEC (P.-F.) : « La Convention collective dans les territoires d'outre-mer ». *Annales africaines* 1955, p. 7.
- HAURIOU (M.) : « L'Institution et le droit statutaire », *Revue de législation de Toulouse*, 1906, p. 135.
- « La théorie de l'institution et de la fondation », 4^e cahier de la *Nouvelle Journée*, 1925.
- JOSSERAND (L.) : « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1937, p. 1.
- « La publicisation du contrat », *Mélanges Lambert*, 1938, T. III, p. 143.
- LEVASSEUR (G.) : « Evolution, caractères et tendances du droit du travail », *Mélanges Ripert*, 1950, p. 444.
- « La Situation du personnel dans les entreprises nationalisées ». Rapport au 3^e Colloque des Facultés de droit de Grenoble, 1956.
- LIET-VEAUX (G.) et MARTIN (M.) : « Grève et service public », R.A. 1954, p. 6.
- MARTIN (M.) : « Commentaires de la loi du 19 octobre 1946 », S. 1947, L. 665.
- MEJAN (F.) : « Statuts comparés des fonctionnaires de l'Etat et des personnels communaux », R.A. 1952, p. 249.
- MIGNON (M.) : « L'Elaboration légale et jurisprudentielle du droit de grève », chronique, D. 1949, p. 145.
- MORANCE (G.) : « Les Grèves et l'Etat », chronique, D. 1947, p. 117.
- « La Liberté d'opinion des fonctionnaires publics », chronique, D. 1953, p. 153.
- QUERMONNE (J.-L.) : « Le Droit public prétorien de la grève. Bilan d'une République », D. 1959, chronique, p. 13.
- RIVERO (J.) et VEDEL (G.) : « Les Problèmes économiques et sociaux et la Constitution du 27 octobre 1946 », Collection *Droit social*, fasc. XXXI, mai 1947.
- RIVERO (J.) : « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », chronique, D. 1947, p. 149.
- « Droit public et droit privé. Conquête ou statu quo ? », chronique, D. 1947, p. 69.
- « La Réglementation de la grève », D.S. 1948, p. 58.
- « Impérialisme du droit social ? », D.S. 1949, p. 370.
- « Conciliation et arbitrage dans la loi du 11 février 1950 », D.S. 1950, p. 145.

- « Convention collective et droit public », *Revue économique*, 1951, p. 15.
 - « Le Droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat », D.S. 1951, p. 591.
 - « Remarques sur le procédé de l'accord collectif appliqué au droit de l'activité professionnelle », D.S. 1952, p. 656.
 - « Les Grèves d'août 1953 et l'évolution du droit de grève des agents publics », D.S. 1953, p. 517.
- SILVERA (V.) : « Le nouveau statut général des fonctionnaires », A.J. 1959.145.
- SOTO (J. de) : « Les Fonctionnaires contractuels », *Mélanges Mestre*, 1956, p. 493.
- VEDEL (G.) : « Les Conventions collectives », *Tableau fiscal et juridique*, 1950, pp. 67, 114 et 146.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
TITRE PREMIER. — LES DIFFERENTES CATEGORIES D'AGENTS	7
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : <i>Personnes publiques et personnes privées</i> ...	8
CHAPITRE PREMIER : <i>Les agents des personnes publiques</i>	16
Section I. — Les agents publics	22
§ 1. <i>Les fonctionnaires</i>	22
A. — Les fonctionnaires titulaires	22
B. — Les fonctionnaires non titulaires	37
1) Les auxiliaires	39
2) Les temporaires	43
3) Les stagiaires	45
§ 2. <i>Les agents contractuels de droit public</i>	45
A. — Les agents des services publics administratifs ...	49
B. — Les agents des services publics industriels et com- merciaux	61
§ 3. <i>Les agents « statutaires » de droit public</i>	65
A. — Les agents « statutaires » de droit public des services industriels et commerciaux	65
B. — Le personnel dirigeant des entreprises nationalisées	66
C. — Le personnel des chambres professionnelles	68
D. — Les ouvriers appartenant à des cadres permanents des services publics administratifs	70
§ 4. <i>Les collaborateurs soumis au droit public</i>	73
A. — Certains collaborateurs forcés	73
1) Les requis	74
2) Militaires du contingent	75
3) Juré	75
4) Fonctionnaire forcé	76
5) Prestataire	76
B. — Certains collaborateurs bénévoles	76
Les fonctionnaires de fait	76
Appendice : Les officiers ministériels	77

<i>Section II. — Les agents de droit privé</i>	82
§ 1. <i>Les agents contractuels de droit privé</i>	82
§ 2. <i>Les agents « statutaires » de droit privé</i>	83
A. — <i>Les ouvriers « statutaires » des services publics administratifs</i>	83
B. — <i>Le personnel des entreprises nationalisées doté d'un statut spécial</i>	84
C. — <i>Certains agents des services publics industriels et commerciaux nommés en vertu d'un acte adminis- tratif</i>	91
§ 3. <i>Les collaborateurs soumis au droit privé</i>	91
A. — <i>Collaborateurs forcés</i>	91
B. — <i>Collaborateurs bénévoles</i>	92
<i>Appendice : Le cas des personnes qui sont en rapport avec l'administration sans être à son service</i>	93
CHAPITRE II : Les agents des personnes privées	96
 TITRE II. — LA CONDITION JURIDIQUE DES AGENTS DANS LE CADRE DES INSTITUTIONS PUBLIQUES ET PRIVEES	103
 CHAPITRE PREMIER : La nature des rapports entre les institutions et leurs agents	105
<i>Section I. — La nature juridique du lien unissant les personnes publiques et leurs agents</i>	106
§ 1. <i>Les agents publics</i>	106
A. — <i>Les différentes conceptions doctrinales</i>	106
1) <i>La thèse contractuelle</i>	106
2) <i>La thèse statutaire</i>	114
B. — <i>La solution en droit positif</i>	118
C. — <i>La nature juridique exacte du statut de la fonction publique</i>	128
§ 2. <i>Les agents de droit privés</i>	132
<i>Section II. — La nature juridique du lien unissant les personnes privées et leurs agents</i>	135
§ 1. <i>La réglementation du travail et le statut du travailleur ..</i>	135
§ 2. <i>La convention collective</i>	144
A. — <i>Nature et régime juridique</i>	145
B. — <i>Convention collective et statut</i>	160
C. — <i>Convention collective et sentence arbitrale</i>	162
§ 3. <i>Le contrat de travail</i>	163
§ 4. <i>Le règlement d'atelier</i>	168
 CHAPITRE II : Le contenu des rapports entre les institutions et leurs agents	171
<i>Section I. — La discipline</i>	171
§ 1. <i>La discipline des agents des personnes publiques</i>	173

§ 2. <i>La discipline des agents des personnes privées</i>	181
A. — Le droit disciplinaire d'origine statutaire	187
B. — Le droit disciplinaire non statutaire	191
<i>Section II. — L'exercice des libertés publiques</i>	195
§ 1. <i>Les libertés individuelles</i>	195
A. — La liberté d'opinion et l'exercice des fonctions	198
B. — La liberté d'opinion en dehors des fonctions	199
§ 2. <i>Les droits collectifs</i>	200
A. — Droit d'association et droit syndical	201
B. — Le droit de grève	211
1) Traits généraux	211
2) La grève des agents des personnes publiques	217
3) La grève des agents des personnes privées	232
<i>Section III. — Le règlement pacifique des conflits collectifs du travail</i>	239
<i>Section IV. — La participation à la gestion</i>	244
 CHAPITRE III : <i>La condition personnelle des agents</i>	253
<i>Section I. — La responsabilité des agents</i>	253
§ 1. <i>La distinction de la faute personnelle et de la faute de service au regard de la responsabilité des agents</i>	255
§ 2. <i>Responsabilité du préposé et responsabilité du commettant</i>	262
A. — L'obligation à la dette de responsabilité	262
1) Actes accomplis dans l'exercice de la fonction ..	265
2) Actes accomplis à l'occasion de la fonction	266
B. — La contribution à la dette de responsabilité	269
<i>Section II. — Rémunération et avantages sociaux</i>	275
§ 1. <i>Traitement et salaire</i>	275
§ 2. <i>Indemnités et accessoires du salaire</i>	282
§ 3. <i>Avantages sociaux</i>	283
§ 4. <i>Remarques sur la disparité des rémunérations</i>	285
<i>Section III. — La sécurité de l'emploi</i>	287
§ 1. <i>Stabilité de l'emploi dans le secteur public</i>	287
§ 2. <i>Evolution vers la stabilité de l'emploi dans le secteur privé</i>	291
A. — Limitation des cas de rupture du contrat de travail	291
B. — Intervention des pouvoirs publics et des organisations syndicales	292
C. — Réintégration dans l'entreprise	295
D. — Atténuation ou réparation du préjudice causé	295
 CONCLUSION	297
 BIBLIOGRAPHIE	301

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
Paris — N° 696
Dépôt légal : 1^{er} trim. 1960

Printed in France.

IMPRIMERIE VIEILLEMARD
16, rue de la Glacière - Paris-13^e
— Typographie VANÇON —
N° 6425 14-12-59

